

DERECHO PENAL I

PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

(Principios del Derecho Penal, Teoría del Delito, consecuencias jurídicas del Delito.)



Resúmenes de Sergio Gomollón de las Muelas (GBD-1º ESADE), 2013-2014. Utilizando los manuales de MUÑOZ CONDE y QUINTERO OLIVARES. 8 Créditos.

Profesores: Doctora Esther GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER y Doctor Marc GARCÍA SOLE

Derecho Penal I

Parte I - Principios Básicos del Derecho Penal. 8

Lección 1: Derecho Penal objetivo y Derecho Penal subjetivo. Los límites del ius puniendi. 8

El Derecho Penal Objetivo y el Derecho Penal Subjetivo.

Concepto de Bien Jurídico

Límites al ius puniendi

El principio de legalidad

Principios informadores del Derecho Penal

Lección 2: El Principio de legalidad. 15

El principio de legalidad

El principio de legalidad en la Constitución española de 1978 y en el Derecho positivo.

Garantías derivadas del principio de legalidad

Lección 3: La norma penal. 20

La norma jurídico-penal.

La norma como regla de determinación y como regla de valoración. Posiciones Doctrinales y relación con el contenido del injusto.

Lección 4: Fuentes del Derecho Penal. Interpretación de la norma penal. 25

Las fuentes del Derecho Penal y la interpretación

La ley como fuente del Derecho Penal

Fuentes indirectas del Derecho Penal: la costumbre y los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia

La interpretación de la Ley penal y la prohibición de la analogía.

Clases y métodos de interpretación de la Ley penal

Diferencias entre analogía e interpretación extensiva.

Interpretación, subsunción y aplicación de la ley penal.

Lección 5: La ley penal en el tiempo. 31

Promulgación y derogación de la ley Penal.

Principio de legalidad y prohibición de la retroactividad.

La irretroactividad como norma.

La retroactividad como excepción.

Eficacia de las leyes intermedias y de las leyes temporales.

La retroactividad en las medidas de seguridad y en las leyes procesales.

Lección 6: Teoría de la pena. 35

La pena.

Las teorías de la pena como teorías del Derecho Penal.

Retribución Prevención general y Prevención especial.

Teorías mixtas.

Perspectivas actuales de la teoría de la pena.

Penas y medidas de seguridad.

El significado de un Derecho Penal mínimo.

Lección 7: Ciencia del Derecho Penal.

38

La ciencia del Derecho Penal.

La dogmática jurídico penal.

La política criminal.

La Criminología.

Parte II - Teoría del Delito.

40

Lección 8: La Teoría del Delito.

40

La Teoría del delito: Concepto de delito.

Evolución histórico-dogmática de los elementos del delito

El concepto de delito en el Derecho Penal español.

Lección 9: La Antijuridicidad.

44

La antijuridicidad.

Antijuridicidad e injusto penal.

Antijuridicidad formal y material: el concepto de bien jurídico.

El contenido del injusto: desvalor de acción y desvalor de resultado.

Lección 10: La Tipicidad.

47

La tipicidad: Concepto.

La estructura típica

Funciones de la tipicidad

Elementos del tipo: Elementos descriptivos y elementos normativos.

Las leyes penales en blanco y las leyes penales incompletas.

Lección 11: El tipo de injusto en los delitos dolosos de acción. 50

La parte objetiva del tipo doloso: planteamiento. [+Teoría de la Acción]

Relación de causalidad e imputación objetiva.

Distintas teorías de causalidad.

La teoría de la imputación objetiva.

La parte subjetiva del tipo doloso.

El dolo: elementos, concepto y clases.

Los elementos subjetivos del injusto.

Lección 12: El tipo de injusto en los delitos imprudentes de acción. **57**

Concepto y naturaleza.

La acción típica, la lesión del deber de cuidado.

Sistema legal de incriminación.

Clases de imprudencia.

Culpa y dolo eventual.

Praeterintencionalidad; delitos cualificados por el resultado y responsabilidad objetiva.

Lección 13: El tipo de injusto en los delitos de omisión. **60**

El tipo de injusto en los delitos de omisión. Concepto.

Clases de omisión penalmente relevantes.

Los delitos de omisión propia.

El tipo de omisión impropia (comisión por omisión): la posición de garante.

Lección 14: Ausencia de tipicidad y causas de atipicidad. **63**

Ausencia de tipicidad: Causas de atipicidad. Ausencia de tipicidad y estructura típica.

La Doctrina de la adecuación social.

La ausencia de acción por falta de consciencia.

La fuerza irresistible.

El caso fortuito.

El error de tipo: su regulación en el Código Penal.

El problema de la eficacia del consentimiento.

Lección 15: Ausencia de antijuridicidad (1). **67**

La ausencia de antijuridicidad: las causas de justificación.

Consideraciones generales sobre causas de justificación en nuestro Código penal.

Efectos jurídicos en el ámbito de la a tipicidad, la justificación y la exculpación.

Lección 16: Ausencia de antijuridicidad (2). **70**

Las causas de justificación.

La legítima defensa: requisitos. Exceso intensivo y extensivo.

El estado de necesidad: concepto y fundamento. Clases y naturaleza. Requisitos legales.

El cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, oficio o cargo. La obediencia debida.

El consentimiento.

Lección 17: La culpabilidad. **75**

El concepto de culpabilidad.

Planteamiento del problema.

Relación con el injusto.

La evolución de las teorías de la culpabilidad: concepción psicológica, concepción

normativa; concepción normativa pura; otras Doctrinas sobre la culpabilidad.
Culpabilidad por el hecho y culpabilidad de autor.
Posiciones críticas respecto a la culpabilidad.
El problema de libre albedrío y la actual crítica a la culpabilidad.
El sujeto responsable, concepto y fundamento.

Lección 18: Elementos de la culpabilidad. **79**

Elementos de la culpabilidad.
La imputabilidad o capacidad de culpabilidad.
El conocimiento de la antijuricidad del injusto.
La exigibilidad de otra conducta.
Reflexión sobre el reproche personal y conclusión sobre la culpabilidad.

Lección 19: Causas de exclusión de la culpabilidad (1). **84**

Causas de inimputabilidad.
La minoría de edad penal: Fundamento y límites.
Personas que padecen anomalías o alteraciones psíquicas.
El trastorno mental transitorio.
Alcoholismo, toxicomanía y síndrome de abstinencia.
La “Actio libera in causa”.
Alteración grave de la conciencia de realidad.
Inimputables y tratamiento penal asegurativo [NO en la guía docente, Quintero págs. 582ss.]

Lección 20: Causas de exclusión de la culpabilidad (2). **92**

La ausencia de conciencia del injusto: tratamiento penal del error de prohibición.
Planteamientos teóricos sobre el error de prohibición. Clases y efectos: régimen legal.

Lección 21: Causas de exclusión de la culpabilidad (3). **94**

La no exigibilidad de otra conducta: Causas.
El estado de necesidad exculpante.
El miedo insuperable.

Lección 22: La punibilidad. **95**

La punibilidad: Planteamiento y evolución.
La necesidad de pena.
Condiciones objetivas de punibilidad.
Excusas absolutorias.

Lección 23: Autoría y participación (1). **96**

Autoría y participación.
La víctima.

El concepto de autor: distintas teorías y su importancia respecto a la participación.

El concepto de autor en el Derecho Penal español.

Clases de autoría: autor inmediato y autor mediato, coautoría.

La participación.

Formas de participación: inducción, cooperación necesaria y complicidad.

Lección 24: Autoría y participación (2). **97**

Problemas especiales de participación: la participación en los delitos especiales.

La autoría en los delitos cometidos por procedimientos que faciliten la publicidad.

La autoría en los casos de actuación en nombre de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Lección 25: La tipicidad y el desarrollo del delito. El iter criminis. **98**

El iter criminis.

Los actos preparatorios punibles: conspiración, proposición y provocación para delinquir.

La apología.

Los actos de ejecución del delito: tentativa del delito y consumación del delito.

Tentativa de delito: concepto, fundamento de su punición y clases. Desestimiento y arrepentimiento.

La consumación del delito: consumación jurídica y consumación material.

Lección 26: Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. **99**

Teoría general de las circunstancias modificativas.

Regulación en el Código Penal español.

Circunstancias agravantes.

Circunstancias atenuantes.

La eximente incompleta.

La circunstancia mixta de parentesco.

Lección 27: Unidad y pluralidad de delitos. **100**

El concurso de delitos.

Concurso ideal y concurso real.

El delito continuado y el delito masa.

El concurso de leyes.

Parte III - Las Consecuencias Jurídicas del Delito. **101**

Lección 28: La pena. **101**

Evolución de los sistemas penales.

La abolición de la pena de muerte y el debate en el mundo.

Clasificación de las penas en el Código Penal español: clases de penas según su naturaleza y gravedad.

Penas accesorias.

Lección 29: La determinación de la pena. 102

Concepto y fases de la individualización de la pena.

La pena en abstracto y la elección del grado (determinación cualitativa).

La pena en concreto (determinación cuantitativa).

Reglas generales y especiales para la aplicación de las penas.

Lección 30: Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad. 103

Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad.

Formas substitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad.

La suspensión en la ejecución.

Consideraciones generales: concepto, requisitos y efectos.

El supuesto especial de los drogodependientes.

Lección 31: Ejecución de las penas privativas de libertad. 104

Ejecución de las penas privativas de libertad.

Ley y Reglamento Penitenciario: principios generales de la ejecución penal.

La libertad condicional.

Lección 32: La responsabilidad civil derivada del delito y la extinción de la responsabilidad criminal. 105

La responsabilidad civil derivada del delito y la extinción de la responsabilidad criminal.

La responsabilidad civil: concepto y naturaleza.

Personas civilmente responsables.

La reparación del daño.

Causas de extinción de la responsabilidad criminal.

Derecho Penal I

Parte I - Principios Básicos del Derecho Penal.

Lección 1: Derecho Penal objetivo y Derecho Penal subjetivo. Los límites del *ius puniendi*.

El Derecho Penal Objetivo y el Derecho Penal Subjetivo.

Pequeña introducción: Derecho Penal y control social.

El Derecho Penal es violencia: pues al hablar de Derecho Penal hablamos de violencia, ya sea por los casos que sanciona o por la forma en que aplica las penas. La violencia forma parte de todo sistema de control social, incluido el Derecho Penal, sin embargo en el caso del Derecho Penal se produce una formalización del control “*liberándolo de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad*”. El control del Derecho Penal es normativo; se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente.

La única fuente del Derecho Penal es la ley. A diferencia del Derecho civil y otros, nunca puede ser fuente del Derecho Penal la costumbre.

Como sistema de control social, el Derecho Penal usa la violencia con el fin de proteger unos intereses y no es, ni mucho menos, el único sistema de control social. Además, el Derecho Penal es la *última ratio legis* y nunca es pactado; es un monopolio que pertenece a los poderes públicos.

El Derecho Penal Objetivo y Derecho Penal Subjetivo

Derecho Penal objetivo

Si tratamos de definir el Derecho Penal desde el punto de vista objetivo (de una manera simple) entendemos que se trata del conjunto de normas penales.

Derecho Penal subjetivo y justificación del *ius puniendi*

En cambio, cuando hablamos de Derecho Penal subjetivo, hablamos de la legitimidad de castigar, por parte del Estado; del *ius puniendi* ¹. El poder punitivo se justifica por su propia necesidad: es una consecuencia del hecho inevitable y real de que se cometan

¹ (Derecho a castigar)

delitos y faltas; de que haya algunos que no cumplan las leyes; el hecho de que haya un poder punitivo garantiza que haya una convivencia social.

A pesar de ello, no son pocos los casos en los que se ha utilizado el Derecho Penal (manipulándolo) con fines ilícitos reprimiendo derechos de las personas y creando injusticias. Estos casos se producen en estados que usan el Derecho Penal para acabar con las libertades: no puede ser el caso de las democracias: deben respetarse los derechos fundamentales de las personas para ser compatible con sus valores.

En resumen, el Derecho Penal está legitimado por la Constitución y los Pactos y Tratados Internacionales (como la Declaración Universal de los DDHH), reconocidos por la propia Constitución², y el Derecho Penal debe respetarlos.

Además de esta legitimación externa del *ius puniendi*, también se legitima internamente por los propios instrumentos jurídicos que limitan su actuación. Estos límites al *ius puniendi*, pasan a desarrollarse a continuación.

Concepto de Bien Jurídico

Un bien jurídico protegido es un bien que, al ser de vital importancia para la sociedad, su protección proviene del Derecho Penal. Ejemplos de Bienes jurídicos son la vida, la libertad y la propiedad.

Cualidades del Bien jurídico

- Que tenga mucha gravedad (importancia)
- Que sea merecedor de protección
- Que necesite protección
- Que tenga capacidad de protección

El legislador debe encargarse de la protección de estos bienes con justicia.

Criterios de selección

- 1. El Criterio de ideales explícitos: basándonos en el modelo ideal de sociedad de Kant.
- 2. El Criterio de personificación de ideales: todas las personas (o al menos el ciudadano medio) las aceptará.
- 3. El Criterio científico-técnico con el que se analizan los problemas de la sociedad.
- 4. El Criterio constitucional
- 5. El Criterio democrático de convicciones generales.

Límites al *ius puniendi*

A partir del Siglo XVIII (Ilustración, Revolución Francesa, etc.) el Derecho Penal empieza a considerarse una herramienta de defensa de valores fundamentales, es decir,

² Artículo 10

únicamente debe usarse en los casos más graves; a diferencia de sistemas anteriores (e incluso posteriores; como los totalitarismos) que lo usaban como método represivo. Es por ello, que para garantizar valores como la paz social, justicia, equidad de derechos fundamentales, etc. se limita el poder punitivo.

El principio de legalidad

[Se estudia a fondo en la lección 2], básicamente se resume con el aforismo de Feuerbach “*nullum crimen, nulla poena, sine lege*” siendo la ley escrita, estricta e irretroactiva.

Principios informadores del Derecho Penal

Según el autor del manual ³ los límites del poder punitivo pueden reducirse en dos: el de intervención mínima y el de intervención legalizada del poder punitivo del estado. Suelen añadirse más, que se explicarán también.

El Principio de Intervención Mínima

El Derecho Penal debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima; es decir, el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos más graves: en los ataques a los bienes jurídicos más importantes. El resto de los casos son objeto de otras ramas del Derecho.

Por eso mismo, decimos que el Derecho Penal es subsidiario.

La subsidiariedad del Derecho Penal

El Derecho Penal sólo interviene cuando fracasan las demás barreras protectoras (otras ramas del Derecho) del bien jurídico; es la *ultima ratio legis*. No implica, sin embargo, que haya subordinación entre otras normas de otras ramas del Derecho, sin embargo sí que hay interdependencia. El Derecho Penal se encarga de sancionar con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos. Por tanto, siempre que pueda emplearse otra rama del Derecho para solucionar un conflicto, deberá usarse.

A pesar de todo, el Derecho Penal no es el único instrumento que sanciona. Por ejemplo, el Derecho de obligaciones prevé que el deudor indemnice al acreedor los daños y perjuicios producidos por su incumplimiento. Estas sanciones pueden coexistir con las sanciones penales siempre que las sanciones no penales tengan una finalidad y una función distinta a las penales.^{4 5}

³ Página 72 del Manual

⁴ Código Penal: artículos 109 y ss.

⁵ Página 74 del Manual

Cuando la sanción penal y no penal cumplen funciones parecidas es más complicado.⁶ Fuera del ámbito disciplinario, la cuestión se ha solucionado en favor de la vigencia del *non bis in idem*⁷

[pag 72 a 77]

Autonomía del Derecho Penal

El Derecho Penal es totalmente independiente en sus efectos; no lo es tanto, sin embargo en sus presupuestos.

Ciertamente hay delitos cuya creación es genuinamente penal, como el homicidio, ya que no los encontramos explícitamente en normas de otras ramas del Derecho. Otros delitos tienen tal relación con otras ramas del Derecho que mal se pueden precisar sus presupuestos sin acudir previamente a ellas.

Debe tenerse en cuenta que ni el Derecho Penal, ni ninguna otra rama del Derecho no está relacionado con los demás; el Ordenamiento jurídico no está compuesto de compartimentos cerrados, estancos, sin comunicación entre sí: todas las ramas del Derecho son interdependientes entre sí, sin que ello implique la subsidiariedad de ninguna.

[pág 77-78; Revisar]

Carácter fragmentario del Derecho Penal

A veces hay que acudir a otras ramas del Derecho. No todos los ataques a los bienes jurídicos deben resolverse utilizando el Derecho Penal.

[pag 78-83] [79!!!]

Principios de Humanidad y Dignidad en la ejecución de las penas y de Proporcionalidad

“Otras consecuencias del principio de intervención mínima se refieren a la gravedad de las consecuencias jurídicas del delito.” Otra idea que rige en el Derecho Penal es que siempre es preferible la sanción más leve a la más grave si con ello se restablece el orden jurídico perturbado por el delito. De esta idea extraemos:

- El principio de humanidad, que obliga siempre a reconocer que el delincuente es una persona humana con derecho a ser tratada como tal y a reintegrarse en la comunidad como miembro de pleno derecho. Este principio se ve reflejado en la abolición de la tortura como medio de averiguación de la verdad y de cualquier otro medio que prive al acusado de la libre determinación de su voluntad. Esto es lo que garantiza, en definitiva,

⁶ Se explica en el manual con claridad y ejemplos en la página 75-76

⁷ Esto es, no puede castigarse dos veces lo mismo

el derecho a la presunción de inocencia.⁸ Del mismo modo, se ha abolido la pena de muerte en cualquier país que cuente con este principio y el mismo principio obliga a tratar al reo o encarcelado con respeto y procurar su reinserción en la vida social una vez haya cumplido condena.

- El principio de proporcionalidad: Simplemente significa que a “*a cada uno debe dársele según sus merecimientos y que los desiguales deben ser tratados desigualmente.*”, es decir, que las penas deben ser proporcionales al delito cometido y que por tanto éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito.

El criterio que se utiliza para determinar la gravedad de la pena que debe imponerse por la comisión de un delito es la importancia del bien jurídico afectado. Por ello, los delitos contra la vida son los castigados más severamente. Además, también debe variar la gravedad de la pena en función de la forma de ataque al bien jurídico: un ataque doloso es más severamente castigado que uno o varios ataques imprudentes al mismo bien jurídico. La diferenciación es cualitativa, no cuantitativa.

[pag 83-85]

El Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Tan sólo los bienes jurídicos son protegidos por el Derecho Penal. Eso no significa que otras ramas del Derecho no puedan proteger los bienes jurídicos; sino que el Derecho Penal se encarga única y exclusivamente de proteger bienes jurídicos.

El Principio de Culpabilidad

(Es importante distinguir entre el principio de culpabilidad y el concepto de culpabilidad en sí)

[Dolo: voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud;]

[Imprudencia: Culpa; Omisión de la diligencia exigible a alguien, que implica que el hecho injusto o dañoso resultante motive su responsabilidad civil o penal. [Es decir, no intencionado pero negligente]]

[Caso fortuito: ni doloso ni culposo]

Para hacer la distinción de los distintos significados, consideremos:

- La culpabilidad como fundamento de la pena es aquello que se requiere para que pueda aplicarse una pena (capacidad de culpabilidad, conocimiento de antijuridicidad, exigibilidad de otra conducta distinta). Son necesarios todos ellos para aplicar una pena al sujeto.

⁸ Artículos 15 y 24 CE

- La culpabilidad como elemento de la determinación o medición de la pena; es decir, determinar el *cómo* y no el *sí* de la pena. Es decir, una vez se ha determinado que el reo es merecedor de pena, es preciso determinar la gravedad, duración, etc. de la pena. La culpabilidad en este caso es limitadora, impide que la pena pueda ser impuesta por debajo o por encima de unos límites impuestos por la idea misma de la culpabilidad, además de por otros criterios como la importancia del bien jurídico protegido, los fines preventivos, etc.
- También está el concepto de culpabilidad como proscripción de la responsabilidad por el resultado o responsabilidad puramente objetiva. Los otros dos sentidos son discutidos, pero éste no. El principio de culpabilidad en este sentido impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo y a la imprudencia.⁹

En definitiva, cuando el sujeto no actúe con dolo o imprudencia, su grado de desarrollo mental no fuere el suficiente para hacerle responsable o desconociere que el hecho estaba prohibido o que no le era exigible otro comportamiento (véase más abajo otros principios), es inútil imponer una pena ya que no cumpliría la función que la motiva. Es decir, sólo un sujeto responsable puede ser merecedor de pena. Véase el artículo 5 del CP (ESO es, [implícitamente] el principio de culpabilidad) y también los artículos 10, 12, 14, 19, 20, etc.

[pag 92-94+apuntes]

Límites derivados del principio de culpabilidad

Del principio de culpabilidad se derivan otros principios: el principio de personalidad, que impide castigar a alguien por delitos o faltas ajenos, el principio de responsabilidad por el hecho, que impide castigar por la forma de ser del autor permitiendo únicamente que se castigue por lo que ha hecho, el principio de dolo o culpa, ya mencionado previamente, recogido en el artículo 5 del Código penal, y el principio de atribuibilidad o culpabilidad en sentido estricto, que impide castigar con pena a aquellos que por sus circunstancias (menores de edad, defecto de inteligencia, trastorno, etc.) no tuvieran condiciones psíquicas suficientes para poder actuar con dolo o culpa.

[Fuentes de otro sitio + apuntes]

Principio de publicidad

El Derecho Penal es Derecho público

⁹ Principio de dolo (intención) o culpa (imprudencia)

[Añadir, básicamente que debe ser público, que el reo tiene Derecho a saber de qué se le acusa y tiene derecho a que el proceso sea público]

Artículo 24.2 de la Constitución española, garantía jurisdiccional.

[RESUMEN LECCIÓN 1: ver RESUMEN PÁGINA 94, dos últimos párrafos]

Lección 2: El Principio de legalidad.

El principio de legalidad

Al ser graves los medios que usa el Derecho Penal para actuar contra el delito, viéndose muchas veces intervenidos los derechos fundamentales de las personas, ya que es el Derecho Penal la *ultima ratio*, es preciso que haya un principio que controle el poder punitivo del estado estableciendo límites en los que se excluya la arbitrariedad. Este principio se conoce como principio de legalidad o principio de intervención legalizada.

Además, el principio de legalidad es un freno para la aplicación demasiado pragmática y radical del Derecho Penal: evita que se llegue al extremo de sacrificar libertades y derechos de los ciudadanos. Es preferible una mala política penal con garantías que una política eficaz sin las mismas, por ello “*el Derecho Penal es la carta magna del delincuente*”.

Ciertamente, por causa de este principio, en algunos casos podría no castigarse como se debiera a un culpable, sin embargo el riesgo es pequeño y compensa para pagar el precio de la *seguridad jurídica*.

Este principio nace con el Estado de Derecho, empezando a desarrollarse históricamente a partir de las revoluciones liberales: por ejemplo, lo vemos en el artículo 8 de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789. En definitiva, el principio de legalidad está ligado al Estado liberal de Derecho.

El Estado liberal de Derecho tiene cuatro características fundamentales: el imperio de la ley, la división de poderes, la legalidad en la actuación administrativa y la garantía de derechos y libertades fundamentales.

A partir del primero de estos rasgos concluimos que sólo el pueblo soberano, representado por el poder legislativo, puede hacer la ley, incluyendo, pues, la penal. Todas las leyes penales que no hayan emanado de la voluntad popular no cumplen el principio de legalidad.

En el caso de la separación de poderes veríamos que el principio de legalidad se cumple cuando es el poder legislativo el que ha determinado los delitos y el poder judicial el que se encarga de aplicar la ley.

En el caso de la legalidad en la actuación administrativa, hay que entender que la importancia del poder ejecutivo en cuanto al Derecho Penal es escasa. Sin embargo, en nuestro caso, la Administración tiene una facultad sancionatoria, por ello es necesario exportar al Derecho administrativo sancionatorio todas las garantías y cautelas del penal.

Finalmente, el último objetivo y el más importante del principio de legalidad es garantizar los derechos y libertades fundamentales de las personas. La mejor manera de

protegerlos es concretizarlos y formularlos en leyes y castigar con penas su lesión o violación, de modo que los Códigos penales se convierten en un catálogo de prohibiciones de conductas que pueden lesionar esos derechos y libertades fundamentales, por ello hay delitos contra la vida, integridad corporal, libertad, honor, etc.

También, siguiendo este último punto, las penas y sanciones aplicables a los reos autores de un delito afectan a sus derechos y libertades fundamentales, por lo que es preciso revestirlas de una serie de garantías.

Además de un fundamento político, este principio también tiene un fundamento jurídico, formulado por Feuerbach con la célebre formulación latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”¹⁰

Este principio, para Feuerbach, es una consecuencia inmediata de su teoría de la pena. El autor entendía que la pena ejerce una coacción psicológica que hace que los ciudadanos se abstengan de cometer los delitos penados, pero para ello, es fundamental que se describan previamente en la ley las conductas prohibidas y sus penas correspondientes; de no ser así, no sería una coacción la pena ya que el sujeto delincuente no sabría qué pena se le aplicaría por una posible conducta delictiva, al no estar determinada ninguna de las dos cosas.

Además, el principio de legalidad sirve también para determinar la culpabilidad del delincuente, quien al conocer (o poder conocer) la prohibición puede ser castigado de un hecho punible.

Por otro lado el principio de legalidad es la garantía jurídica de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal, controlándose el poder punitivo del estado en todos sus estadios: por ello el Título Preliminar del Código penal recoge las garantías *criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución*, que se explican más adelante.

Para evitar cualquier desviación del programa, el artículo 4 del Código penal, después de decir que las leyes penales tan sólo son aplicables en los casos comprendidos expresamente en ellas da instrucciones de qué debe hacerse en caso de que los tribunales o el juez consideren que la ley penal no castiga hechos que deberían ser castigados a su juicio (véase art. 4.2 del Código penal) o cuando vean el caso contrario, es decir, que algo que esté castigado en las leyes penales no debiera estarlo (art. 4.3 del mismo Código). En todos los casos el Código penal ordena que los jueces se sometan siempre a la ley, sin perjuicio de

¹⁰ A esta formulación, deben añadirse tres características que debe tener: la Ley debe ser escrita (*Lex Scripta*), estricta (*Lex stricta*) (clara y evitando múltiples posibles interpretaciones) y previa, es decir, irretroactiva (*Lex previa*).

dirigirse al Gobierno exponiendo su criterio para que éste proponga la reforma legal correspondiente o conceda un indulto (art. 4.4 del CP).

La importancia del principio de legalidad es tal, que es el único principio del Derecho Penal recogido en la propia Constitución, en su artículo 25.1 “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento.*”

El principio de legalidad en la Constitución española de 1978 y en el Derecho positivo.

El principio de legalidad queda recogido en muchas partes del ordenamiento jurídico español; siendo los ejemplos más claros los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución española, y los artículos 1 y 2 (también por ejemplo el 10) del Código penal. Además se garantiza que los jueces estén sometidos al imperio de la ley (arts. 9.1 y 117.1 de la Constitución).

En el ordenamiento jurídico español el poder legislativo es el único que puede determinar qué son delitos y faltas, y sólo las Cortes Generales, en ningún caso las autonomías ¹¹. Por lo tanto la única fuente del Derecho Penal es la ley.

En materia penal hay una *reserva de ley*, según vemos en los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución española. Estos nos dicen que la ley debe encargarse de desarrollar los derechos fundamentales contenidos en la primera sección del capítulo 2 del Título I de la Constitución, por lo tanto, las leyes penales deben ser siempre Leyes Orgánicas, según ha determinado la Doctrina, ya que afectan siempre de algún modo a los derechos fundamentales ¹² y las penas podrían entenderse que por lo menos afectan al derecho al honor.

En definitiva, todas las normas que *desarrollan* (restringen) un derecho fundamental deben tener el rango de Leyes Orgánicas, tal como indica el artículo 81.1 de la Constitución. La Doctrina entiende, aunque el TC no se haya pronunciado al respecto, que aunque al aplicar sanciones como las multas no se restringe ningún derecho fundamental, de manera indirecta sí porque el impago de una multa penal, según el artículo 53.1 del Código penal puede conllevar al arresto sustitutorio del condenado.

El principio de taxatividad

¹¹ Art. 149.1.6 CE

¹² Cuando se dice que afectan significa que las penas aplicadas restringen el derecho, no se refiere esto a que se proteja un derecho o bien jurídico.

El principio de taxatividad exige la exigencia de clara determinación de las conductas punibles (*Lex Stricta*). Obviamente, la ley no puede contemplar todas y cada una de las posibilidades que pueden darse, pero debe estar redactada de la forma más clara y precisa posible. El principio de taxatividad deriva de los principios de legalidad y seguridad jurídica recogidos en el artículo 9.3 de la Constitución. Es difícil que el legislador logre redactar de forma que los conceptos no sean vagos ni demasiado específicos en algunos casos, como los artículos 543, 589 y 576 del Código penal, y el juez no puede hacer su exclusiva valoración al respecto, por lo que debe concretar en cada caso.

Lex Previae, Analogía y analogía in bonam partem.

La ley es irretroactiva y en el momento que se tipifican nuevos delitos con la promulgación de una ley penal, sólo a partir de su promulgación estas conductas serán delitos, no antes de la misma. La retroactividad está prohibida, por tanto, las leyes son irretroactivas.

La analogía en principio está prohibida, pero esto se tratará más adelante.

El principio *Non bis in idem*

El principio *Non bis in idem* deriva del principio de la legalidad según la Doctrina del Tribunal Constitucional (STC 2/1981), por ello no está explícito en la Constitución. Sin embargo, según la Doctrina del TC, en algunos casos pueden coexistir una sanción penal y una administrativa siempre que las sanciones cumplan funciones distintas y si el sujeto se encuentra en *relación de sujeción especial* con la administración (SSTC 2/1981, 159/1985, 2/1987 y SSTC del 13 de Junio de 1990 y del 10 de diciembre de 1991).

En definitiva, no puede haber dos sanciones penales por un mismo hecho pero sí una administrativa y una penal si el hecho en cuestión conlleva ambas sanciones y estas tienen distinto fundamento.

Garantías derivadas del principio de legalidad

Garantía criminal

La garantía criminal se refiere a que para que una conducta sea delito esta debe estar tipificada como tal en la Ley ¹³ anterior a su perpetración. Aunque una conducta esté mal vista socialmente o sea de moral dudosa, esta no será delito ni falta si no está tipificada como tal en la ley.

Garantía penal

La única fuente del Derecho Penal es la ley. Las leyes penales deben ser aprobadas siempre por Ley Orgánica porque afectan a Derechos fundamentales. El estado tiene el

¹³ Artículos 1.1, 2.1 y 10 del Código penal y artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución españolas

monopolio, la competencia exclusiva, de dictar Leyes Orgánicas. Asimismo las leyes necesitan una claridad y concreción máxima, no deben ser interpretables; aún así no pueden estar descritas todas las conductas en el Código Penal. De ahí deriva el principio de *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* y *non bis in idem*.

En definitiva, la garantía penal nos dice que a las conductas delictivas no pueden aplicárseles penas distintas de las que están previstas en la ley. Si no se cumplieren las garantías penal y criminal se estaría vulnerando el principio de legalidad inconstitucionalmente.

Garantía jurisdiccional

El principio de legalidad no sólo afecta a la definición de los delitos y las faltas sino que también afecta al proceso. De imponer una pena debe encargarse un órgano competente y siguiendo el proceso legalmente establecido. Esta garantía la recoge el artículo 3.1 del Código penal. Además, el mismo artículo dice que hasta que la sentencia no sea firme no puede ejecutarse la pena, es decir, no puede empezar a cumplirse. También lo encontramos en el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La garantía constitucional también tiene un rango constitucional, véase el artículo 24.2 de la Constitución, que proclama el Derecho a un proceso público (Principio de publicidad).

Hasta el momento de la sentencia firme, se presume que el reo es inocente debido a la presunción de inocencia, si este está en situación de prisión preventiva no está cumpliendo pena.

[Los jueces son independientes, no pueden militar en ningún partido político.]

Garantía [de legalidad] en la ejecución de la pena

No sólo el principio de legalidad afecta a la definición de delitos y penas y en el proceso sino que también afecta a cómo se afectan las penas, especialmente cuando la pena se ejecuta en una cárcel. El juez de ejecución de penas se encarga de que se cumpla esta garantía. La ejecución de la pena debe llevarse a cabo con total sumisión a lo que establecen las leyes. (Véase arts. 9.3 CE y 3.1 CP)

Las normas que rigen la ejecución de las penas privativas de libertad están contenidas en la Ley Orgánica General Penitenciaria (LO 1/1979) y su Reglamento.

Lección 3: La norma penal.

La norma jurídico-penal.

No debe confundirse la norma penal con los tipos penales (de delito); las normas penales son preceptos abstractos que en conjunto componen el ordenamiento penal. La norma penal se plasma en el Código penal en tipos penales, por ejemplo el artículo 234 que regula el hurto. El tipo penal, que es la expresión de la norma pero no la norma, tiene sentido al proteger un bien jurídico y la responsabilidad penal aparece cuando se ha atacado o lesionado a un bien jurídico. A partir del Derecho Penal objetivo podemos observar si se han pasado —o no— los límites del poder punitivo del estado.

La norma penal disciplina conductas para que el ciudadano actúe conforme al Derecho (no es por ejemplo el Código penal); amenazando coactivamente con una sanción en caso de incumplimiento. Una vez el ciudadano conoce la norma penal el legislador redacta el tipo penal, (ej. el que matare a otro...) El tipo es que el que mate a otro será castigado con pena de 10 a 15 años, pero la norma penal deriva de la obligación de respetar la vida ajena; sin embargo, en algunos casos no es fácil extraer la norma del tipo, porque no queda claro qué bien jurídico está queriendo proteger el legislador. El tipo deriva de la norma y por lo tanto la norma puede averiguarse por inducción a partir del tipo. A veces, cometiendo un acto típico no se está incumpliendo la norma, como es el caso de la legítima defensa; y algunos sostienen una posición Doctrinal que defiende la teoría de los elementos negativos del tipo, es decir, que no deberían ser típicos los actos lícitos que lo son pero sin transgredir la norma o su espíritu/intención.

La norma como regla de determinación y como regla de valoración. Posiciones Doctrinales y relación con el contenido del injusto.

El sentido de la norma, para algunos, es una regla objetiva de valoración (sólo valorativa); para otros, una regla de determinación (sólo imperativa); y finalmente otros conciben la norma como una mezcla de ambas, siendo *una norma de valoración objetiva de las conductas y mandato destinado a determinar la conducta*.

La norma como regla de determinación

Para los que consideran la norma como regla de determinación, es decir, que la norma es exclusivamente imperativa, el Derecho es simplemente un conjunto de imperativos

destinados a plegar la voluntad de quien a ellos no se resista, es decir, que impone conductas y sanciona su incumplimiento.

A esta concepción imperativa de la norma penal no le han faltado críticas. Por ejemplo, Díez-Picazo, entre otros, opina que considerar la norma como imperativo supone la existencia de una voluntad creadora de la norma, que no ocurre por ejemplo en las normas del Derecho consuetudinario, además, de hecho, las normas del Derecho positivo mezclan una pluralidad de voluntades, con lo que no hay una única voluntad legisladora. Otra crítica es que concebir el Derecho como un conjunto de mandatos imperativos supone que todos deben conocer —perfectamente— el Derecho para estar sujetos a él, cosa que no se da. Tampoco puede explicar esta posición por qué si el injusto se determina por la infracción del imperativo, en algunos casos no se reputan los actos contrarios a la norma por parte de determinados sujetos (niños, incapaces, etc.). En definitiva, el valor que da el Derecho a un bien jurídico no se manifiesta solo en no vulnerarlo, sino también en cómo lo protege el ordenamiento jurídico.

Es más, al reducir todo al imperativo se omite el principio de ofensividad a los bienes jurídicos y no se entiende el delito como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sino como una infracción de una norma.

Sin embargo, sí que es cierto que esta posición doctrinal aporta la importancia de la voluntad del sujeto en la determinación del injusto.

La norma como regla (juicio objetivo) de valoración

Para los que sostienen la posición doctrinal del juicio objetivo de valoración, el Derecho es una ordenación objetiva de la vida y sus normas, entendiendo que las normas son normas objetivas de valoración. La antijuridicidad es la infracción de dichas normas. Todos los comportamientos antinormativos, en consecuencia, tanto imputables como no imputables, son considerados injustos dada la naturaleza objetiva de la antijuridicidad, derivada del carácter objetivo del juicio que la norma encierra. Lo más discutible, por lo que abogaba Mezger, es que dentro de la norma hay normas subjetivas de determinación cuya infracción no es antinormativa y no tiene trascendencia para el injusto. La antijuridicidad surge de la contrariedad entre el hecho y el ordenamiento jurídico y la culpabilidad, en sentido normativo, es un juicio sobre el autor. Por ejemplo, el delito de hurto requiere ánimo de lucro (elemento subjetivo del injusto), por lo que hay un juicio objetivo de valoración y una regla de determinación. Si sólo nos aferramos a la norma como un juicio de valoración objetivo es difícil encajar todos los casos en los que puede demostrarse *ex lege* que el injusto depende de la voluntad del autor.

Posición ecléctica o intermedia

La norma penal contiene ambos elementos, el imperativo y el valorativo, porque consagra bienes jurídicos y es antinormativa su lesión o puesta en peligro. Sin embargo, muchas veces el injusto no puede hallarse a partir de un mero juicio objetivo. No podemos, pues, prescindir, del juicio subjetivo en la determinación de lo que se opone a la norma, no podemos simplificarlo con una relación regla-excepción.

En primer lugar, veamos por qué es crucial que la voluntad del agente juegue en la determinación del injusto.

Hay unos elementos objetivos del injusto, que son tan abundantes en las leyes penales que no sería coherente que solamente fueran excepciones a la regla general del injusto las que determinan el injusto a partir de un juicio objetivo. El elemento subjetivo del injusto puede determinar que un ilícito no penal pase a serlo y que un acto indiferente al Derecho pase a ser delito^{14 15}.

Además, hay elementos subjetivos de justificación, por lo tanto la dirección de voluntad se integra en la norma, ya sea cuando se adecua a ella o cuando se opone a la misma ¹⁶.

En segundo lugar, el Código penal decide, en determinados supuestos, considerar injusta una acción incluso cuando no haya lesión ni puesta en peligro del bien jurídico, sino un mero pronóstico de peligro para bienes jurídicos determinados por el propósito del agente. El fundamento del injusto se encuentra, entonces, en la voluntad antinormativa del autor ¹⁷.

Finalmente, está el conflicto de la visión Doctrinal sobre el actuar inimputablemente, sostenido por el sector Doctrinal que sostiene que un incapacitado (niño, enfermo, etc.) sí que actúa injustamente pero la norma penal no se dirige a él, porque no puede determinar su voluntad, sin embargo, se produce una infracción del juicio objetivo de valoración. Sin embargo, se rebaten estos argumentos con los casos de la medida de seguridad, donde por llevar una acción atípica se les puede someter a ellas a los inimputables.

¹⁴ Ejemplo del primero: alzamiento de bienes; ejemplo del segundo: falsedad documental.

¹⁵ Ver pág. 56 1) a) del Manual de Quintero.

¹⁶ Ejemplo: el estado de necesidad, que requiere elementos externos e internos (fuerza, inteligencia, valor...). Si se salva a un bien de valor superior al que se vulnera pero el sujeto no sentía el estado de necesidad, la destrucción del bien jurídico inferior no es conforme a derecho, por lo tanto, aún dándose una situación “objetivamente” adecuada para el estado de necesidad, basta con que el sujeto no obre impulsado por esa situación para que desaparezca la justificación de la conducta.

¹⁷ Ejemplos, conspiración para delinquir (17.1 CP) o tentativa (16 CP).

Concluimos, pues, que la norma contiene una regla objetiva de valoración, que desvalora los ataques o puestas en peligro a los bienes jurídicos, pero también la norma persigue orientar la voluntad de los sujetos en un sentido determinado. Por lo tanto, la lesión de un bien jurídico no sólo se produce por su menoscabo, sino porque la voluntad del sujeto la ha deseado, esa lesión, con independencia de que pudiera comprender o no su conducta.

La norma, que opera como juicio objetivo de valoración e imperativo de determinación, se dirige a todos, pero tan sólo se les reprocha su infracción a aquellos que estén en condiciones de comprenderla y acatarla. La infracción de la norma depende de la voluntad que ha guiado la acción y la lesión objetiva realizada. *“Según que se atienda a la infracción de la norma en su proyección como imperativo o a la violación de la misma como juicio objetivo, estaremos en presencia de un desvalor de acción o de un desvalor de resultado.”.*

Resumen

La norma tiene un doble contenido, basándonos en la postura intermedia: (1) imperativo (dirigir la conducta del ciudadano; prohibir una conducta dolosa, una intención, una voluntad) y (2) valorativo (protección de un bien jurídico; el fin esencial del Derecho Penal; se prohíbe poner en peligro el bien jurídico, lesionar el bien jurídico, etc.). El tipo penal mide el comportamiento humano; la conducta y su resultado; hay que medir la conducta y el resultado. El tipo penal siempre tiene un redactado que contempla la consumación.

La norma penal se dirige a la protección de bienes jurídicos y es también una regla imperativa, de conducta, que mide la voluntad o la intención de aquellos que intervienen en un delito.

Veamos 4 casos supuestos en los que se verá el papel relevante del imperativo, de la intención:

- 1) Actos preparatorios. Hay un pronóstico de peligro, aún no se ha empezado a ejecutar el delito, está en fase de preparación. Hay que averiguar la intención que esconde la preparación, la intención con la que se preparaba el delito. En esta fase tan sólo ha comenzado el *iter criminis*. Al haber pocas pruebas hay que indagar en la intención de los que preparaban el delito, hay más carga de imperativo que de valor.
- 2) Las tentativas de delito. No se ha logrado el propósito pretendido por el autor, por lo tanto hay que indagar a qué se dirigía esa intención. Por ejemplo, tentativa de homicidio que puede llevar a un delito de lesiones consumadas.
- 3) Elementos subjetivos del injusto. Son propósitos o ánimos que guían la conducta del autor, por ejemplo, el ánimo de lucro en el artículo 234 del Código penal. A veces, el

tipo penal lo redacta de manera expresa, y por lo tanto debe probarse en el juicio; otras veces se deduce de forma tácita que se requiera ese propósito o ánimo. A veces, por ejemplo, algo que parece tener relevancia penal sólo tiene relevancia civil.

- 4) Elementos subjetivos de justificación. Quien actúa bajo el amparo de una causa de justificación, como la defensa propia, que debe hacerse con el propósito de defenderse. Se lesiona un bien jurídico con el propósito de proteger otro.
El *ius puniendi* lo ejerce el poder legislativo y lo aplica el judicial.

La transgresión de la parte imperativa de la norma recibe el nombre de desvalor de acción, la transgresión de la parte valorativa del tipo penal es un desvalor de resultado. La presunción de peligro (puesta en peligro de un bien jurídico) es en lo primero que interviene el Derecho Penal.

En una tentativa, por ejemplo, el desvalor de acción es el mismo que en una consumación, pero el desvalor de resultado no es el mismo, se castiga más si se ha lesionado al bien jurídico.

Las normas penales se dirigen a todos los ciudadanos. A todos los ciudadanos se les presume —la posibilidad de tener— voluntad/capacidad delictiva. Sólo se les reprueba a aquellos que tienen capacidad de entender el significado de la norma, adecuarse a ella ¹⁸, etc.

Se produce finalmente un juicio normativo (cómo se ha vulnerado la norma: se juzga la tipicidad y la antijuridicidad, que es aquello contrario al Derecho. No son antijurídicos los hechos en los que haya causas de justificación.) y un juicio de culpabilidad, donde se juzga la culpabilidad (si afectan a lo psicológico o los casos del art. 20 a las personas no se les reprocha la conducta delictiva, si hay causas de exculpación.)

Para concluir podemos definir el delito como una acción u omisión tipificada, antijurídica y culpable. Esto se desarrolla en el marco del proceso penal, que tiene 2 (en realidad 3) fases: la fase de instrucción del delito y la fase de juicio oral.

¹⁸ Ver artículo 20 del Código penal en sus 7 párrafos. Distinguimos 2 grupos: los que afectan a lo psicológico (párrafos 1-3) y lo que afecta a lo situacional (20.4-7).

Lección 4: Fuentes del Derecho Penal.

Interpretación de la norma penal.

Las fuentes del Derecho Penal y la interpretación

La única fuente del Derecho Penal, es decir, lo que crea normas jurídicas, es la Ley (positiva). Sin embargo existen otras fuentes indirectas que tienen una finalidad y un sentido.

Por interpretación de la ley penal entendemos aquella operación intelectual por la que se busca establecer el sentido de las expresiones utilizadas por la ley para decidir los supuestos contenidos en ella y, consecuentemente, su aplicabilidad al supuesto de hecho que se le plantea al intérprete.

La ley como fuente del Derecho Penal

Las leyes penales deben ser leyes orgánicas ya que desarrollan derechos fundamentales (art. 81.1 de la CE.)

La forma de crear las leyes está en la Constitución y los reglamentos del Congreso de los diputados y del Senado.

Las leyes deben ser claras, y deben tratar de evitar vacíos legislativos; no deben haber problemas para interpretarlas.

Podemos hablar de la ley en sentido material, de modo que el aspecto formal es quién la crea y el aspecto material es el contenido de la norma en sí. En un sentido formal, la ley, por supuesto, para ser válida, debe ser creada por el poder legislativo que represente al pueblo soberano en parlamento que tenga competencias, en el caso del Derecho Penal, el estado se reserva la competencia (art 149.1.6 CE).

Los jueces son independientes y están siempre sujetos a la Ley, tal como establece el principio de legalidad visto en los artículos 9.1 y 117.1 de la Constitución.

Fuentes indirectas del Derecho Penal: la costumbre y los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia

En Derecho Penal la única fuente es la ley; sin embargo la costumbre, los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia ayudan a la interpretación, integración y complementación de las normas, especialmente cuando hay preceptos que son criterios valorativos, cuando hay que poner el concepto en el momento preciso sirven las fuentes indirectas. Por ejemplo, el principio *in dubio pro reo* no es explícito en el texto legal, pero se da. Las fuentes indirectas pueden ayudar a elaborar una mejor sentencia.

Las fuentes indirectas, por supuesto, no pueden crear ni suprimir delitos ni penas, sólo la ley es fuente en ese sentido.

La Costumbre

La Costumbre desempeña una importante función en la interpretación correcta de la ley penal, por ejemplo es importante tenerla en cuenta para interpretar conceptos como imprudencia (art.5 CP) o menoscabar la fama (art. 208 CP): conductas que desde hace tiempo son consideradas imprudentes hoy no sólo no lo son, sino que vienen prácticamente impuestas por los avances técnico-científicos y asimismo, resulta imposible decidir si una expresión menoscaba la fama del otro sin analizarla en relación con el medio en que se produce y los usos que rigen de él.

Además, a diferencia del Derecho civil, los recursos de apelación y casación tan sólo pueden interponerse si se ha infringido un precepto legal o se han quebrantado normas procesales (arts. 790 y 847 de la LECrim).

[Ejemplo último párrafo manual pag. 116]

Los principios generales del Derecho

“Los principios generales del Derecho desempeñan también una función en la aplicación del Derecho Penal aunque no puedan tener un carácter de fuente directa del mismo. Entre ellos, el principio in dubio pro reo, tiene una vertiente claramente procesal que impone la absolución si existen dudas sobre la validez de las pruebas de cargo: pero el mencionado principio puede operar también en la decisión sobre la ley aplicable, en la medida que más favorezca al reo[...].” [pág 117 manual]

La Jurisprudencia

La Jurisprudencia tampoco es fuente del Derecho Penal, sin embargo, complementa y ayuda a su interpretación, habiendo llegado incluso en ocasiones a motivar modificaciones de las leyes debido a la reiteración de fallos (sentencias) en algunos casos.

Existen también en el Código penal determinados conceptos que son concretados por las decisiones judiciales en jurisprudencia constante y uniforme de modo que puede preverse casi con absoluta seguridad cómo y a qué supuestos va a ser aplicada la ley penal.

En definitiva, la jurisprudencia no vincula formalmente a los tribunales, pero ciertamente estos siguen casi siempre la Doctrina que marca.

En cambio, la jurisprudencia del TC sí que es vinculante según el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo tanto [según el manual] las sentencias del Tribunal Constitucional sí que serían fuente del Derecho.

La interpretación de la Ley penal y la prohibición de la analogía.

La analogía es aplicar la ley a supuestos no contemplados en ella pero muy similares, a otros análogos a los que se describe o aplicarlo dentro de la *analogia legis* y la *analogia iuris*. En principio, no debería existir, ya que se da cuando hay un vacío legal y el legislador debe tratar de evitarlos. La analogía no es propiamente una forma de interpretar la ley sino una forma de aplicar la ley, ya que una vez interpretada la ley se extienden sus consecuencias a supuestos no contenidos en ésta pero análogos a los que contiene.

El Código penal prohíbe la analogía expresamente en su artículo 4.1 “*Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*”.

La analogía *in malam partem* (que perjudica al reo) está sin duda prohibida por el principio de legalidad, al que está completamente sometido el Derecho Penal. Debe distinguirse la analogía de las cláusulas legales de analogía. Por ejemplo, cuando el Código penal dice *por análoga situación* ¹⁹ es él mismo el que en sus propios preceptos lo dice permitiéndola. Cuando la ley contiene una cláusula legal de analogía no se está infringiendo la prohibición de la analogía, pero no debe ser excesiva la extensión que se hace del precepto para no contradecir el principio de taxatividad.

Más complicada es la analogía *in bonam partem* porque no hay Doctrina clara al respecto. Un sector Doctrinal mantiene que la analogía *in bonam partem* está también prohibida por el artículo 4.3 del Código penal, según el cual, el tribunal deberá acudir al Gobierno. El sector mayoritario, sin embargo, sostiene que dicho artículo no es suficiente para prohibir la analogía *in bonam partem*, puesto que la prohibición de la analogía es una consecuencia del principio de legalidad, que simplemente limita la acción punitiva del estado.

Clases y métodos de interpretación de la Ley penal

El instrumento fundamental del jurista es la interpretación.

Las formas de interpretación se dividen según el sujeto, según el método utilizado y según el resultado. Pasamos a ver cada una de ellas.

Clases de interpretación según el sujeto

Distinguimos al respecto:

- La interpretación auténtica, que es aquella llevada a cabo por el propio legislador mediante normas que precisan el significado de los términos utilizados. Hay varios ejemplos en nuestro Código penal, uno de ellos es el art.239, que precisa lo que debe interpretarse por “llaves falsas” a efectos del delito de robo. Sólo hay una interpretación vinculante.

¹⁹ Ver artículo 23 del Código penal o el 21.7

- La interpretación judicial, que es la llevada a cabo por los órganos judiciales. No es vinculante, salvo en el caso del Tribunal Constitucional, pero su influencia es muy notable.
- La interpretación Doctrinal, que es la mantenida por los juristas en las obras científicas. Obviamente, tampoco es vinculante aunque tiene una gran influencia.

Clases de interpretación según el método utilizado

Distinguimos en este caso:

- La interpretación gramatical (también llamada literal), que es la interpretación que trata de establecer sentido a las normas atendiendo al significado de las palabras de las mismas. Es necesaria pero generalmente insuficiente, por lo que suele combinarse con otros métodos. Opera como límite de los otros métodos.
- La interpretación lógico-sistemática, que busca el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y de su relación con otros preceptos, desde la perspectiva de la necesaria coherencia del Ordenamiento jurídico.
- La interpretación teleológica, que atiende a la finalidad perseguida por la norma. Se combina mucho con la anterior, puesto que al ver la ubicación de un precepto en el Código penal se deduce con más facilidad los fines que se persiguen y el bien jurídico que se protege.
- La interpretación histórica, que atiende a los antecedentes de las normas y a las circunstancias en que tuvieron su origen.

Clases de interpretación según el resultado

De clases de interpretación en función del resultado distinguimos:

- La interpretación declarativa, que es cuando el intérprete llega a la conclusión de que el sentido de la norma coincide plenamente con su tenor literal.
- La interpretación restrictiva, que es la que establece un sentido de la norma que reduce el ámbito del sentido literal propio de los términos legales. Por ejemplo, cuando por “regalo” en el art. 422 del Código penal entendemos sólo a los que son económicamente relevantes.
- La interpretación extensiva, que plantea problemas particulares por su proximidad con la analogía. *“Si por interpretación extensiva se entiende aquélla que incluye en el término legal el máximo de acepciones permitidas por su tenor literal, pero sin rebasarlo”* es respetuosa con el principio de legalidad pero si extiende el sentido más allá de las posibles acepciones del término legal, de su sentido literal, se está incurriendo en la analogía, cosa que no está permitida.

Diferencias entre analogía e interpretación extensiva.

[Mirar manual interpretación extensiva y analogía: diferencia]

En la analogía hay una ausencia de norma que se interpreta mientras que la interpretación extensiva parte de una norma existente pero se interpreta de una forma más amplia empleando otras acepciones del término legal. En cuanto a los resultados, la analogía extiende la eficacia de una norma a un supuesto no previsto mientras que por el contrario en la interpretación extensiva sí que existe la norma pero se va más allá del propio sentido literal de la norma.

Interpretación, subsunción y aplicación de la ley penal.

Al aplicar la norma jurídica se hace un silogismo donde se establece la premisa mayor, la menor y la conclusión. La premisa mayor incumbe a la interpretación: averiguar cuál es el sentido de la norma; la menor constituye la subsunción, que es la inclusión del caso de la realidad en el supuesto de la norma jurídica; la conclusión es la aplicación a ese caso de la norma jurídica prevista.

Este esquema lógico viene reforzado, en el Derecho Penal, por dos principios que informan la Administración de Justicia penal: el principio de oficialidad ²⁰ y el de legalidad. Para entender la complejidad de la actividad que empieza en la interpretación, pasando por la subsunción y termina en la aplicación conviene distinguir tres momentos o fases:

1) El primer paso consiste en subsumir el caso que surge como problema de la realidad en el supuesto de la norma jurídica. Para ello es necesario reconstruir aproximadamente los hechos, primera misión del juez o tribunal. Dicho juez o tribunal se sirve solamente de indicios como la inspección ocular, los documentos, los testigos y peritos, la confesión del acusado y cualquier otro método admisible en Derecho. A estos indicios nunca (o casi nunca) debe atribuírseles un valor absoluto. [más pág 130 del manual].

También presenta dificultades la averiguación del autor o autores del hecho. También es la tarea de la subsunción la de individualizar el quién anónimo de la norma jurídica en una persona o personas concretas a las que imputar los hechos averiguados. También en este caso los indicios son útiles. Ni siquiera la prueba pericial, que es la más científica de todas, y por lo tanto debería ser la más fiable, está exenta de objeciones. La LECrim regula la forma y el modo en que han de practicarse este tipo de pruebas para reconstruir con mayor parecido lo acaecido. A través de este proceso se produce una deformación y mutación de

²⁰ El principio de oficialidad es aquél principio según el cual los tribunales han de hacer todo lo necesario para averiguar y sancionar los hechos realmente acaecidos que pudieran ser constitutivos de delito.

los hechos realmente sucedidos, cosa que repercute en el enjuiciamiento jurídico global y en la actividad jurídico-penal.

También se critica el hecho de que no todos los delitos se castiguen o repriman judicialmente, debido al costo de las investigaciones judiciales, etc.

2) Una vez finalizado este paso y ya determinados el hecho y el autor, se sigue por el enjuiciamiento jurídico o la subsunción en sentido amplio. Este proceso va desde la subsunción lógica o subsunción en sentido estricto hasta los más complejos juicios valorativos. El proceso puede contemplarse desde diversas perspectivas:

- a) Desde un punto de vista del lenguaje, se trata de convertir el lenguaje coloquial en jurídico, es decir, convertir las palabras que designan elementos fácticos en conceptos jurídicos.
- b) Desde un punto de vista estructural la subsunción representa la concreción de la norma abstracta al caso concreto a juzgar. Así surgen el Derecho Penal y el Derecho en general, que a partir de unos preceptos rigen los hechos de la vida social.
- c) Desde el punto de vista psicológico la subsunción es la decisión del juzgador, en la que influyen pre-juicios y prejuicios, elementos extralegales (más allá de la ley).

El problema fundamental es relacionar los preceptos jurídicos abstractos con el hecho real en concreto. [ver pág 133-134 manual]

3) El último paso es la aplicación de la norma penal, una vez realizadas la interpretación y la subsunción; lo importante es determinar las consecuencias jurídicas de los actos. Es difícil, en Derecho Penal, determinar cuál es la consecuencia jurídica justa para cada caso. En este caso el arbitrio judicial es aún mayor que la fijación de los presupuestos de la pena. Por ejemplo, como nos indica el artículo 66.1 (regla 6ª) del Código penal, el tribunal deberá fijar la gravedad del hecho y las circunstancias del delincuente, y, en función de ello, aplicar la pena señalada por la ley.

Lección 5: La ley penal en el tiempo.

Promulgación y derogación de la ley Penal.

Las leyes penales tienen una eficacia temporal vinculada a su período de vigencia, debido al principio de legalidad, principio cuyas exigencias recogidas al tratarlo con carácter general, determinan algunas especialidades en cuanto a su aplicabilidad a hechos cometidos bajo la vigencia de una u otra ley.

Corresponde al Rey (art. 91 CE) sancionar, promulgar y ordenar la publicación de las leyes aprobadas por las Cortes Generales; pero no entran en vigor las leyes hasta pasados 20 días de su publicación (art. 2.1 del Código civil) a menos que se disponga otra cosa. Durante la *vacatio legis* la ley no puede ser aplicada, no es vigente; sino que la anterior es vigente. Debido a la importancia de las leyes penales, a fin de facilitar su conocimiento a los ciudadanos y a los tribunales que deban aplicarla, el Código penal establece un período de seis meses desde su publicación hasta su entrada en vigor (Disposición final séptima del Código penal).

En cuanto a la derogación, las leyes penales funcionan exactamente como describe el artículo 2.2 del Código civil: las leyes se derogan sólo por otras posteriores. Recuérdese, sin embargo, que las sentencias del Tribunal Constitucional son vinculantes, y por ello, al declarar el Tribunal inconstitucional un precepto penal, éste deja de ser aplicado y la sentencia produce los mismos efectos que una ley nueva sobre los hechos cometidos con anterioridad.

Principio de legalidad y prohibición de la retroactividad.

En el principio general está prohibida la retroactividad por el principio de legalidad, salvo cuando la retroactividad beneficie al reo; el tribunal decide qué beneficia al reo, pero siempre deberá escuchársele en caso de duda.

No tendría sentido la pena si su objetivo es prevenir ciertas conductas si se pudieran aplicar sin regir un principio de legalidad, es decir, en casos en los que no estuviera tipificada una conducta como delito. A medida que va cambiando o evolucionando la sociedad se produce una *sucesión de leyes penales* pero para garantizar el principio de legalidad cada acto debe ser juzgado con la legalidad vigente del momento y lugar en el que se cometió.²¹

Así pues, una nueva ley penal puede añadir el desvalor de una conducta determinada, pero no puede aplicarse a dichas conductas previas a la promulgación de esta ley, queda así

²¹ Por ejemplo la protección penal de la fidelidad conyugal en el antiguo Código penal fue derogada por la Ley 22/1978, dejando de ser delito.

pues, definido, el principio de irretroactividad de las leyes penales. La excepción, sin embargo, es la retroactividad *pro reo*.

El argumento clave es que las leyes penales tienen la función de prevenir conductas *en el futuro* y por lo tanto no tiene sentido que condenen actos previos a ellas que ya no pueden ser prevenidos.

Algunas concepciones penales dan a entender que no es bueno el principio de irretroactividad, pues consideran que hay que condenar cualquier conducta *antisocial*, pero el Derecho positivo moderno da más peso a las garantías que al poder punitivo.

El principio de legalidad y seguridad jurídica limitan la intervención penal estatal, o por un concepto de Justicia.

El principio de irretroactividad se encuentra en los artículos 9.3 y 25.1 de la CE y en el artículo 2 del CP.

La irretroactividad como norma.

El artículo 25.1 de la Constitución prohíbe expresamente la aplicación retroactiva de las normas que *definen* conductas penales, pero no se mencionan las normas penales de distinto contenido, como las circunstancias atenuantes, agravantes, o aquéllas que modifican la ley vigente aumentando o disminuyendo las penas.

En definitiva, en principio las leyes penales son irretroactivas.

La retroactividad como excepción.

El artículo 9.3 de la Constitución prohíbe la retroactividad pero sólo para los casos en que perjudiquen al reo. Por lo tanto, conclúyase que las leyes penales que aumenten penas, establezcan agravantes o creen figuras agravadas de delito no pueden ser nunca retroactivas.

La disposición transitoria de la LO 7/2003 ha sido considerada por gran parte de la Doctrina inconstitucional porque perjudica al reo y es retroactiva, ya que permite aplicar nuevas normas restrictivas del régimen abierto y la libertad condicional a los condenados por hechos anteriores a la promulgación de la norma.

La aplicación retroactiva de normas que beneficien al reo no lesiona el principio de legalidad.

En definitiva, todas las normas penales que, entre otras, establezcan circunstancias eximentes, atenuantes o disminuyan penas, o bien despenalicen conductas, pueden ser retroactivas, incluso si ha habido una sentencia firme ²². También, aunque no es unánime

²² Art. 2 CP y disposiciones transitorias del CP

la Doctrina, deben cancelarse los antecedentes penales a los reos que hayan cometido una conducta si esta se despenaliza, aún si ya han terminado de cumplir condena.

Para elegir la ley más favorable, por ejemplo entre una pena de 6 meses a 2 años de cárcel o una inhabilitación absoluta para profesión o oficio público, se encarga el tribunal y no el reo, aunque el artículo 2.2 del Código penal permite que en caso de duda se le escuche.

Otro problema se da cuando la nueva ley es a la vez beneficiosa y perjudicial, por ejemplo cuando disminuye la gravedad de la pena pero establece circunstancias agravantes para el caso, en cuyo caso se observarían las consecuencias de la aplicación de ambas leyes y se aplicaría aquella que beneficiara más. En ningún caso se aplicarán todos los efectos beneficiosos de una ley y de la otra, pues el tribunal estaría creando una ley, y no puede hacerlo.²³

Eficacia de las leyes intermedias y de las leyes temporales.

Las leyes intermedias son aquellas que no estaban en vigor en el momento de comisión del delito ni en el momento del juicio, sino que tenían vigencia entre ambas fechas. En principio no podría aplicarse esta ley, pero si beneficia al reo se aplicará, ya que se podría haber celebrado el juicio mientras la ley era vigente (STS 27.12.82)

Las leyes temporales y de excepción son aquéllas que nacen con un período limitado de vigencia establecido taxativamente en la ley, fijando la fecha en que dejarán de estar en vigor. Las leyes excepcionales también son leyes temporales, ya que tienen limitada su vigencia, aunque este límite no esté establecido taxativamente.

Generalmente las leyes excepcionales suelen perjudicar más que las que había antes de estas. Como suelen durar poco, casi siempre en el juicio suelen haber dejado de estar en vigor. Por ello, se ha planteado la posibilidad de que estas leyes sean *ultraactivas* y se apliquen en todos los hechos cometidos bajo su vigencia aunque estén derogadas en el momento del juicio: es una excepción a la retroactividad de la ley más favorable.

El Código penal permite la ultraactividad de las leyes excepcionales (art. 2.2).

La retroactividad en las medidas de seguridad y en las leyes procesales.

En cuanto a la retroactividad de las medidas de seguridad el artículo 2.1 del Código penal elimina las dudas sobre la retroactividad de estas, así como el artículo 9.3 de la Constitución española.

²³ Ver disposición transitoria 2ª del Código penal.

Más complicado es el tema en cuanto a las leyes procesales, que en principio se regiría igual que las penales según el artículo 9.3 de la Constitución; sin embargo, la ley procesal se aplica al desenvolvimiento de los actos procesales en el momento en que tienen lugar, no siempre es trasladable por lo tanto el concepto de retroactividad. A diferencia de las penales, las leyes procesales que modifiquen, por ejemplo, los plazos para dictar sentencia o interponer recurso se aplica a los actos procesales concretos y no la que estaba cuando se cometió el hecho juzgado. Esto se conoce como la regla *tempus regit actum*, es decir, las leyes procesales que se aplican son aquellas que estén en vigor durante el proceso, como ha dictado el Constitucional al decir que “*no cabe pensar que de ello pueda derivarse una aplicación retroactiva de la ley*”. En caso de que durante el proceso o durante un caso de prisión provisional se cambiara a una ley procesal más restrictiva, el TC se ha pronunciado afirmando que debe aplicarse la ley que beneficie más al reo, sin embargo, evita un pronunciamiento general, ya que este fue un caso concreto y por lo tanto no niega la validez de la regla *tempus regit actum*. Por lo tanto, se aplica la ley vigente en el momento en el que se inició el acto procesal (la prisión provisional).

Las leyes que regulan los plazos de prescripción no son leyes procesales sino materiales, por lo que no pueden aplicarse retroactivamente si perjudican al reo.

En el caso de las normas que regulan responsabilidad civil ex-delicto serán irretroactivas si perjudican al reo (art. 2.3 del CP) o incluso si lo perjudican, puesto que no son estrictamente leyes penales, no hay reo, entendiendo por reo el acreedor de la responsabilidad penal.

Lección 6: Teoría de la pena.

La pena.

El debate sobre la pena es un debate sobre el todo del Derecho Penal, si el instrumento de la pena no sirve, para qué sirve el Derecho Penal? Es útil la pena?

El fundamento de la teoría de la pena se mueve sobre dos pilares: el derecho a defenderse de las personas que cometen delitos y el derecho del delincuente a ser tratado como persona y no poder quedar apartado definitivamente de la sociedad. Históricamente siempre se ha decantado más hacia los intereses de la sociedad.

Historia de la pena

La idea de la cárcel como lugar de castigo es reciente porque durante la época romana, medieval, etc. era más bien un lugar de contención porque se solía acabar con una pena de muerte. Después de la 2ª GM el mundo occidental, al analizar las tragedias de la guerra, se creó una conciencia colectiva. La responsabilidad penal siempre es individual, pero en ocasiones hay movimientos colectivos que empujan a las personas a hacer el mal. Las corrientes humanistas consideran que muchos individuos pueden llegar a reinsertarse en la sociedad, los países nórdicos lo han desarrollado más y los países latinos los que menos, conocido como *la revolución de las batas blancas*.

Seguridad y socialización

Anteriormente mientras el Derecho Penal se veía como algo preventivo y punitivo, con el argumento de la seguridad; el Derecho penitenciario orientado a la prevención especial²⁴(reinserción y resocialización) es más moderno. Actualmente el derecho penitenciario tiene más peso.

El nuevo orden mundial

Terrorismo: 11 de septiembre, hay un nuevo orden mundial, se abre el debate de garantismo versus seguridad y se acaba con las ideas humanistas.

Las teorías de la pena como teorías del Derecho Penal.

Las teorías de la pena se dividen en absolutas o relativas.

Las teorías absolutas son retributivas, *ojo por ojo, diente por diente*, es vengativo pero también es proporcional y retrae a las personas. El origen es religioso, ético o jurídico como la Biblia o el Imperativo categórico de Kant; la justicia es un fin en sí mismo, es una exigencia que no precisa ser útil). Hegel, en cambio, con su silogismo, dice que la voluntad

²⁴ Prevención especial: re-educación, reinserción, etc.

general es el mantenimiento del orden, se niega el orden a través del delito, si negamos el delito imponiendo una pena, mediante la imposición de un castigo, se vuelve a recuperar la paz social. La retribución actúa como límite, lo cual es positivo. No se podrá castigar más allá del delito cometido.

Las teorías relativas miran hacia el futuro, para prevenir futuras comisiones de delitos. Ambas teorías atribuyen a la pena y al Derecho Penal la función de prevención de delitos, pero de forma muy distinta en la prevención general que en la prevención especial.

Retribución Prevención general y Prevención especial.

La teoría relativa divide entre prevención general y prevención general negativa, Feuerbach dice que la pena actúa como una coacción psicológica: los individuos, a nivel colectivo, dejan de delinquir por la amenaza de la pena en el momento abstracto de la incriminación legal.

La prevención general positiva no sólo considera que se abstendrán los ciudadanos de cometer un delito por la pena, sino porque el derecho tiene 3 funciones: una función informativa (todos lo conocen), una función de confianza (motiva) y una función de fortalecer una actitud de respeto por el Derecho.

Mir Puig dice que debe existir la prevención general pero no el terror penal, porque va contra el principio de humanidad y contra el principio de proporcionalidad.

La prevención especial también se llama reeducación, reinserción social, etc. y se dirige a la persona que ya ha cometido el delito, no en abstracto sino en concreto. Lo encontramos en el artículo 25.2 de la Constitución Española y en la Ley General Penitenciaria. No significa, que no existan otros fines, porque no dice sólo, sino que esta es la principal finalidad de la pena.

Von Liszt opina que la pena solo puede justificarse por su finalidad preventiva, de ahí su concepción de pena final. Se distinguen entre 3 delincuentes, a los de ocasión, les sirve como recordatorio, a los delincuentes reincidentes reinsertables, deben ser reeducados, pero los que no lo son, se les debe separar mediante el aislamiento, que puede ser perpetuo.

Algunas cuestiones para reflexionar, sobre lo que decía Von Liszt: cómo debe abordarse la resocialización? Es posible que la cárcel rehabilite? Frente a qué tipo de intervención estamos? Qué duración deben tener las penas y como se mide el criterio de proporcionalidad? En definitiva, es necesaria? posible? lícita?

Argumentos en contra de la teoría de la *resocialización*

La resocialización no está exenta de críticas, porque partiría de la premisa de que hay igualdad de oportunidades en la sociedad. Muñoz Conde se pregunta *cómo educar para la libertad sin la libertad*. Además, añádanse a estas las que se plantean si el tratamiento penitenciario es lícito y si, de serlo, la cárcel es el lugar más adecuado para ello.

La institución total se refiere a las cárceles o instituciones psiquiátricas (*manicomios*); donde la totalidad de la vida se lleva a cabo en dicha institución. Un estudio sociológico demostró que cuanto más tiempo se está en prisión más se adapta el individuo a la subcultura carcelaria, a este fenómeno se le llama prisionización. En la excarcelación, debe volver a adaptarse el preso excarcelado a la sociedad normal.

Argumentos a favor

Los argumentos a favor giran entorno a la idea de que la pena es un mal necesario, que se ha de cumplir en las mejores condiciones posibles, además, defienden que el tratamiento para *resocializar* no es una *máquina de cambiar individuos* sino ayudas técnicas y psicológicas, incluso, si las prisiones son un lugar de *castigo* eso implica que el terror penal se impone.

Objetivos educativos para la rehabilitación

En primer lugar, enseñanza de nuevos hábitos de conducta, desarrollo del pensamiento, creencias, actitudes y valores positivos, en definitiva, erradicar las ideas que justifican la conducta.

Desarrollo de las capacidades afectivas, intelectuales, laborales, etc. Entrenamiento y preparación suficiente, inversión real en políticas reeducativas, evaluación real de los programas, etc.

Teorías mixtas.

La pena es retribución, también prevención general —positiva y negativa— y especial. La cuestión es también, cómo se conjugan estos elementos.

Perspectivas actuales de la teoría de la pena.

Actualmente se plantea si hay que reformar la Constitución, la LGP, si ha entrado en crisis el modelo rehabilitador y se volverá al neoclasicismo, etc.

Penas y medidas de seguridad.

El significado de un Derecho Penal mínimo.

Lección 7: Ciencia del Derecho Penal.

La ciencia del Derecho Penal.

Al Derecho Penal lo acompañan y complementan dos disciplinas afines; la política criminal y la criminología. Además de estas, están, lógicamente, el Derecho penitenciario, el Derecho procesal penal.

A mediados del Siglo XIX, con los movimientos positivistas, que sólo aceptaban como ciencia aquello que había sido estudiado con el método científico, surgió la criminología, que estudiaba científicamente el delito como fenómeno social o antropológico, omitiendo los aspectos jurídicos del mismo. Frente a ese positivismo también surgió el positivismo jurídico centrando el delito desde un punto de vista exclusivamente jurídico.

El *neokantismo* supuso la superación del positivismo, porque distinguía entre dos tipos de ciencias: las de la naturaleza y las del espíritu, siendo la jurídica de las segundas, porque al estudiar el Derecho positivo, el objeto de investigación, es preciso acudir a una valoración.

Se separaron así, la dogmática penal y la criminología, como dos ciencias distintas que, incluso en ocasiones, se contradecían. Actualmente, se quiere superar este dualismo y reintegrarlas en una.

La dogmática jurídico penal.

El Derecho Penal carece de método, pues se limita a estudiar unas normas. Podrá hablarse de método en cuanto a la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas penales, porque son actividades humanas, y sólo las actividades humanas tienen método.

La finalidad principal de la Ciencia del Derecho Penal es el conocimiento de éste. La actividad para conocerlo es dogmática, porque las normas jurídicas son dogmas en tanto que son una declaración de voluntad con intención de ser válidas para solucionar conflictos sociales. La Dogmática jurídico-penal se encarga de averiguar las normas, sus presupuestos, consecuencias, delimitar los hechos punibles de los impunes, etc.; cumpliendo así la función de garantizar, en un Estado de Derecho, los derechos del individuo frente al poder arbitrario del Estado.

Las normas siempre ofrecen la posibilidad de que haya más de una solución, pues parten de un consenso y no son como las leyes de la naturaleza. La dogmática, es una ciencia neutra, interpreta leyes progresivas o reaccionarias. Sin embargo, la dogmática debe estar orientada a limitar el poder punitivo del Estado y evitar los excesos de éste, además de

fundamentar las decisiones legislativo-judiciales conforme a los principios y fundamentos de un Estado de Derecho.

Tiene, pues, tres dimensiones la dogmática: la interpretación, la sistematización y la crítica al Derecho Penal positivo, que son todas ellas una única ciencia, una única unidad; son inseparables: son la dogmática jurídico-penal.

La política criminal.

La política criminal es el estudio de cómo se elaboran y aplican las leyes penales. No debe, el legislador, prescindir de la criminología, pero tampoco puede ser su única fuente. Los factores que ayudan al legislador a establecer las normas penales son, por un lado, los factores normativos o de justicia y los factores empíricos o de utilidad, que juntos forman la política criminal.

Sería desproporcionado castigar un hurto con la pena de muerte, o amenazar con la privativa de libertad el impago de pensiones en los matrimonios disueltos, como hace el artículo 227 del Código penal, pues perjudica más a las víctimas de lo que beneficia. Luego, ambos criterios son necesarios.

En definitiva, a la criminología le interesan los factores de la criminalidad, al Derecho Penal su imputación y las consecuencias jurídicas del delito; a la política criminal los criterios para formar el Derecho Penal.

La Ciencia total del Derecho Penal une estas tres disciplinas.

La Criminología.

La criminología, que es más difícil de definir, además de estudiar el delito, estudia la persona del delincuente, a la víctima y el control social. El problema viene en determinar qué es el delito para la criminología. El objeto de la criminología es el estudio de la *conducta desviada* y también del delito o la *criminalidad*, por otro lado, también el proceso de definición y sanción de dichas conductas, es decir, el control social.

Hay principalmente tres corrientes; la criminología etiológica, que afirma que el delito o la conducta desviada es producida por factores etiológicos (biológicos, psicológicos, sociales, la interaccionista, que afirma que es consecuencia de la interacción personal; y la teoría del *labeling approach* que cree que son un resultado de atribución de los órganos de control social.

Parte II - Teoría del Delito.

Lección 8: La Teoría del Delito.

La Teoría del delito: Concepto de delito.

El delito es una acción típica, antijurídica y culpable. La teoría del delito estudia estos tres elementos: la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad; y los dota de contenido. Se trata de indagar en cada uno de esos conceptos. A partir del estudio de la parte general del Derecho Penal, la teoría del delito, tendrá sentido estudiar el curso que viene la parte especial, cada delito, para ver todos estos elementos en cada uno de ellos.

Podemos estudiar el concepto del delito a partir del Derecho positivo, analizando cómo lo define la Ley, o a partir de la dogmática jurídica penal, viendo las características comunes a todos los delitos. El Código penal español de 1995, en su artículo décimo, define el delito como una acción u omisión (1º) que debe ser dolosa o imprudente (2º) y penada por la ley (3º). Así pues, tiene el delito estas 3 características.

La dogmática define el delito como una acción típica, antijurídica y culpable; son esenciales para considerarlo delito esos 3 elementos: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

La dogmática responde a una doble perspectiva del delito: como un juicio desvalor de la conducta y un juicio de desvalor al autor de esta; atendiendo la primera a la ilicitud del acto, a su antijuridicidad y la segunda a la culpabilidad del autor. Se requiere que la conducta sea negativa, contraria a Derecho y que el autor sea imputable. Un hecho puede ser antijurídico y no culpable, pero no al revés.

Por otro lado, no toda conducta antijurídica es típica, pues de todas ellas el legislador selecciona las más graves y las tipifica como delitos. La tipicidad es un requisito del principio de legalidad.

Conviene añadir el concepto de punibilidad o penalidad, que son los requisitos para que pueda existir una pena. Por ejemplo, un delito de injurias o calumnias puede ser típico, antijurídico y culpable, sin embargo, la ley exige que se presente una denuncia o una querrela para poder penalizar al culpable. Añadiendo este elemento consideraríamos el delito como una conducta (acción u omisión), típica, antijurídica, culpable y punible, siendo los rasgos de esta definición secuenciales.

En cuanto a las clases del delito el Código penal distingue entre delitos y faltas, según si la pena es grave o leve o bien entre delitos graves (si están castigados con una pena grave; véanse arts. 13 y 33 CP), delitos menos graves (si están castigados con una pena menos grave, art 33.3 CP) o faltas (que también son conductas típicas antijurídicas y culpables, sólo que con una pena leve).

Evolución histórico-dogmática de los elementos del delito

Para estudiar el concepto del delito hace falta acudir a la historia de la teoría del delito, ver su evolución dogmática a lo largo del tiempo. Partimos desde finales del siglo XIX hasta la actualidad, para ello.

Causalismo

A finales del siglo XIX el delito mantiene la misma definición que ya hemos dado: una acción típica, antijurídica y culpable. El primer modelo que aparece en este siglo es el causalismo, basado en el positivismo jurídico, que se basa meramente en el Derecho positivo, más que en los posibles principios de este.

El causalismo entendía por acción cualquier *movimiento corporal que causare un cambio en el mundo exterior*. El causalismo, por lo tanto, empieza aquí a tener el primer problema: solo puede condenar la acción y no la omisión. Además, también debe *causar un cambio en el mundo exterior*, por ejemplo, los delitos de expresión como las injurias no podrían encontrarse entre estos.

La tipicidad, para el causalismo, era simplemente la descripción de un comportamiento humano, objetivo. La antijuridicidad era el análisis de causas de justificación, también objetiva y se indagaba tan solo en si existían o no causas de justificación. En cuanto a la culpabilidad, estaba limitada la teoría tan sólo al dolo y la culpa. No tiene en cuenta si un caso es un hecho fortuito, cosa que se tendría en cuenta tras todo un proceso. Esto podría afectar también a la prevención.

Neokantismo

El segundo modelo es el neokantismo, inspirado por Kant, que relacionan la filosofía y el Derecho Penal, haciendo evolucionar la Doctrina. La acción inicialmente, para este modelo, es entendida como causal, pero a posteriori evolucionan hacia un concepto social de acción. Las acciones que interesan al Derecho Penal son las que sean socialmente relevantes, lo cual permite dar entrada al castigo de la omisión y a los delitos de expresión. En cuanto a las categorías de tipicidad y antijuridicidad se fusionan o se relacionan ambas categorías. Se utiliza la expresión de *tipo de injusto* para marcar la acción antijurídica y

típica. El elemento subjetivo del injusto trata de analizar el fin del delito, los ánimos o propósitos que guían la conducta del autor, por ejemplo, el ánimo de lucro en el hurto.

En cuanto a la culpabilidad, se entiende igual que en el causalismo, añadiendo un elemento, que es el juicio de reproche al autor; cuando pudiéndolo hacer no ha ajustado su conducta a la norma jurídica. Un problema que se encuentra en este modelo es que, en caso de un hecho fortuito que había sufrido el proceso, podía terminar con responsabilidad civil, a pesar del proceso penal.

La contradicción del modelo neokantiano es que, partiendo de que analiza en primer lugar la tipicidad y antijuridicidad a partir de la norma y añade el elemento subjetivo del injusto, analiza la culpabilidad en tercer lugar, con el dolo y la culpa. De entrada, no habiendo el elemento subjetivo del injusto en un hecho fortuito no tendría sentido descubrir si es fortuito en esta tercera parte. El dolo y la culpa debería valorarse en la tipicidad, son esenciales para valorar una conducta.

El neokantismo, además, aportaba el concepto de bien jurídico al fusionar la tipicidad y la antijuridicidad.

El finalismo

El finalismo maneja un concepto de acción final; todas las acciones y comportamientos interesan a partir de una finalidad, a partir de las acciones que tienden a un fin. Dichas acciones, para el finalismo, son acciones finales. Por ello, trasladan a la tipicidad el dolo y la imprudencia. El Derecho recoge el concepto de acción que le viene dado. Acompañando al dolo estarán, cuando proceda, los elementos subjetivos del injusto, los fines de la acción dolosa.

En cuanto a la antijuridicidad se estudian dos conceptos: la ausencia —o la no presencia— de causas de justificación y el concepto y estudio del bien jurídico. En tercer lugar está la culpabilidad, en la que hay tres categorías para detectar si la hay; primero, la imputabilidad; segundo, el conocimiento de la antijuridicidad, el conocimiento de la norma (existe el error de prohibición en algunos casos, pero existe la presunción de que se conoce la norma); tercero, la exigibilidad de conducta adecuada a derecho, es decir, que se pudiera haber tenido una conducta ajustada a derecho.

El concepto de delito en el Derecho Penal español.

Actualmente, el concepto de acción final no es un concepto relevante porque la acción queda plenamente vinculada a la tipicidad; interesan las acciones típicas ²⁵. Al ser hechos fortuitos el Código penal no los considera delito (art. 10 Código penal 1995).

²⁵ Entendiendo por acciones típicas sólo las dolosas o imprudentes, teniendo algunas veces las dolosas el elemento subjetivo del injusto, el propósito, cuando sea relevante para el Derecho Penal.

En el modelo actual, encontramos la parte subjetiva de la tipicidad, el dolo o imprudencia acompañado de un propósito, y la parte objetiva de la tipicidad, si está o no tipificado. La parte subjetiva se proyecta sobre la objetiva.

La antijuridicidad puede ser formal —que es la contradicción del hecho con el ordenamiento jurídico, un estudio muy enfocado a la norma, y la ausencia de causas de justificación— o material —que es la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, siendo la conducta ofensiva y respetando siempre el principio de intervención mínima—.

En cuanto a la culpabilidad, cabe trasladar el concepto finalista del finalismo.

Se refleja, este modelo, en el artículo 10 del Código penal ²⁶, que hace referencia a la tipicidad del modelo (“*Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley*”). Es fundamental destacar que la conducta delictiva siempre debe ser dolosa o imprudente y debe estar tipificada. A veces hay otras acciones que se derivan de una acción dolosa o imprudente, el caso fortuito posterior, aunque se derive de una acción reprochable no cabe condenar. Antes de 1983 se decía que eran delitos o faltas las acciones penadas por la Ley que fueran *voluntarias*, que eran dolosas, imprudentes o en ocasiones se interpretaba como fortuito, en aquellas acciones que sobrevinieran de la primera acción *voluntaria* (dolosa o imprudente). Por ejemplo, en el caso de un delito de aborto con muerte fortuita posterior de la mujer era condenado por ambas acciones; de hecho, había un tipo penal para este caso, aborto doloso más muerte fortuita como consecuencia, que estaba más penado que un delito de aborto doloso y otro homicidio doloso.

Nuestro Código penal sólo hay responsabilidad subjetiva por el resultado; en toda acción debe haber dolo o imprudencia.

En el proceso penal hay dos partes; el proceso de instrucción, donde se juzga si la acción es típica y dolosa o imprudente, y el juicio oral donde se determina si hay antijuridicidad y culpabilidad.

²⁶ Dicho artículo es fruto de la reforma del Código penal del año 1983.

Lección 9: La Antijuridicidad.

La antijuridicidad.

Al haber determinado si una conducta es típica, ergo es subsumible en el supuesto que contemple tipo penal, debe seguirse por determinar la antijuridicidad de la conducta típica.

Antijurídicas son aquellas acciones u omisiones contrarias a Derecho, los hechos injustos e ilícitos. La antijuridicidad va más allá del Derecho Penal; son antijurídicas todas las conductas contrarias a Derecho, pero el Derecho Penal selecciona, a través de la tipificación de delitos, aquellas conductas antijurídicas más graves imponiéndoles también una pena. Se presume la antijuridicidad de todos los actos u omisiones típicos, sin embargo, en caso de haber causas de justificación un hecho típico no es antijurídico, y así tampoco es ni culpable, ni punible.

Antijuridicidad e injusto penal.

La antijuridicidad se puede analizar desde dos puntos de vista; como una característica de la tipicidad o bien hablar de antijuridicidad como injusto penal, separándola de la tipicidad pero relacionándola con ella, sería analizar la relación entre el bien jurídico y la norma penal, el injusto penal; la parte interna de la antijuridicidad. En este segundo punto de vista, cuando se verifica la tipicidad y la antijuridicidad juntas se habla de un injusto penal. Hay injusto penal cuando se ha confirmado la conducta típica y antijurídica, sin causas de justificación.²⁷ y es el legislador el que tipifica delitos.

Antijuridicidad formal y material: el concepto de bien jurídico.

Para que haya antijuridicidad debe haber tipicidad; a pesar de que una acción no sea antijurídica es típica si contradice la norma (ej. homicidio con causa de justificación). Hablamos de antijuridicidad formal cuando hay un hecho contrario al ordenamiento jurídico, que el hecho encaja en la norma penal; además de una ausencia de causa de justificación. Hablamos de antijuridicidad material cuando hay una puesta en peligro o lesión del bien jurídico en los términos que el legislador quiere su protección penal, ofensiva, siempre respetando el principio de intervención mínima.

Por ejemplo, el autoconsumo compartido de drogas no es antijurídico en sentido material, pero sí en principio formal. El que falsifica documentos como divertimento o con fines didácticos sin poner en peligro el bien jurídico protegido estaría llevando a cabo una acción típica y antijurídica formalmente, pero no antijurídica materialmente, luego no nos

²⁷ Un delito es una acción u omisión típica, antijurídica y culpable; un injusto penal una conducta típica y antijurídica, sea culpable o no.

encontraríamos ante la comisión de un delito de falsedad documental, pues ningún bien jurídico ha resultado ofendido por dicha acción.

Sólo se archivan los casos sin tipicidad; cuando hay tipicidad y no hay antijuridicidad material no se archiva el caso, se da sentencia absolutoria.

La antijuridicidad material se encarga de indagar sobre el contenido del bien jurídico, delimitar el bien jurídico; definirlo y darle el contenido. Qué es lo que se debe proteger de ese bien jurídico.

Funciones de la antijuridicidad material

La primera función de la antijuridicidad es ser la guía de interpretación de la tipicidad, el redactado del tipo penal. Deben conectarse siempre los elementos típicos con el bien jurídico protegido. Cada uno de los términos del tipo penal tiene alguna conexión con el bien jurídico (ej. art. 368). Es preciso distinguir el fin de la norma del contenido del bien jurídico, a pesar de que estén íntimamente relacionados. El contenido del bien jurídico es concretar la esencia del tipo penal, hay que determinar el contenido del bien jurídico para juzgar conductas, no puede exclusivamente tenerse en cuenta el fin de la norma.

Sabiendo el objeto de protección se puede saber hasta qué punto un término pasa de ser interpretación extensiva a analogía, es decir, poner el límite.

La propia función de la antijuridicidad material es constituir supuestos de falta de antijuridicidad material, manteniendo la tipicidad y la antijuridicidad formal.

Ejemplos para debatir son el autoconsumo compartido de drogas, mínimas cantidades de tráfico de drogas; casos de muy leve contacto-abuso sexual en determinados contextos. No se ofende en ninguno de estos casos el bien jurídico en los términos que el legislador penal quiere protegerlo: autoconsumo compartido es una suma de autoconsumos, no hay antijuridicidad material (aunque sí formal). En el segundo caso falta ofensividad al bien jurídico, hay tráfico pero en una cantidad tan mínima que no ofende (según la jurisprudencia) el bien jurídico en términos de protección penal. En el último caso normalmente es delictivo salvo que se de en contextos concretos (amistad, broma, cerrados); será una conducta típica pero no antijurídica materialmente, por razón del principio de proporcionalidad; pero avanzará al juicio oral; una falta de antijuridicidad material pero no formal no puede archiversse.

En determinados tipos penales es difícil delimitar el bien jurídico (bien jurídico del honor o la intimidad personal, etc.). Se archivan los casos con falta de tipicidad, cuando no está contemplada una conducta como delito.

La instrucción sólo mira la tipicidad y el juicio oral la antijuridicidad y la culpabilidad.

El contenido del injusto: desvalor de acción y desvalor de resultado.

Ver tema 3.

[Sólo se encargará el Derecho Penal de los desvalores de resultado que tengan su origen en un desvalor de acción, los hechos fortuitos que causan un desvalor de resultado no pueden ser imputados penalmente, sin embargo sí pueden serlo acciones desvaloradas que pongan en peligro un bien jurídico y pudieran causar un desvalor de resultado.]

Lección 10: La Tipicidad.

La tipicidad: Concepto.

La tipicidad tiene dos partes; la parte objetiva y la parte subjetiva. La parte objetiva contiene la estructura típica, los elementos típicos y las normas penales en blanco y la relación de causalidad y la imputación objetiva (ver Lección 11).

Dentro de la parte subjetiva de la subjetividad están el dolo, en ocasiones también los elementos subjetivos del injusto y la imprudencia (ver Lección 12).

El tipo sirve para indicar la antijuridicidad, pero una conducta típica no siempre es antijurídica.

La estructura típica

La parte objetiva de la tipicidad es aquello que está redactado en el Código penal. La estructura típica es cómo se redacta, cómo se construye un tipo penal para ser debidamente interpretado. Todos los delitos del Código penal se pueden estructurar en dos formas; en Delitos de resultado (o tipos de resultado) y Delitos de actividad (o tipos de actividad). Es fundamental el bien jurídico para construir el tipo penal; cada uno tiene su forma de ataque, de destrucción o de lesión.

Los Delitos de resultado quedan plasmados con los delitos de lesión (deben ser tan sólo para los bienes jurídicos tangibles) y los delitos de peligro concreto. Los delitos de lesión pueden ser por acción (art. 138, homicidio; un caso de desvalor de resultado, ya que no se describe la forma, la acción, sino el resultado) o por omisión (no se concreta en el tipo penal del art. 138 si es por acción o por omisión, luego también puede ser delito de homicidio una omisión, una comisión por omisión). El artículo 11 del Código penal determina cuándo es relevante una omisión.

El resultado puede ser de lesión o de peligro concreto; por ejemplo, el artículo 380 del Código penal es un delito de resultado que pone en peligro un bien jurídico, pero no una lesión al mismo. Suelen ser de acción, pero también pueden ser por omisión, los delitos que ponen en peligro concreto a un bien jurídico.

La diferencia entre los delitos de resultado de lesión o los delitos de resultado de peligro concreto es que los primeros admiten forma de acto preparatorio y formas de imperfecta ejecución, por ejemplo el homicidio. En los delitos de peligro concreto no caben los actos preparatorios ni las tentativas, Doctrina unánimemente aceptada. Las formas previas a la causación de un peligro competen al Derecho administrativo, no al penal; o bien pueden

ser otros delitos (art. 379 si no se pone en peligro la vida de las personas (380.1) pero sí infringe el 379.1 o 379.2).

Los delitos de acción (o mera actividad) se dividen entre los delitos de acción propiamente (como el allanamiento de morada, art. 202) o mera inactividad y delitos de acción de peligro abstracto, como el art. 379. Los delitos de actividad se tipifican con una actividad que en sí misma consuma el delito; el legislador entiende que la actividad ya consuma el delito; no se tipifica un resultado sino una acción. En el caso de la mera inactividad la simple omisión, la conducta omisiva descrita consuma el delito (arts. 195-196; la consumación es la omisión del deber de socorro en sí misma). En los de peligro abstracto se tipifica una acción que se presume peligrosa (art. 379).

Funciones de la tipicidad

Elementos del tipo: Elementos descriptivos y elementos normativos.

Los elementos típicos son las palabras empleadas por el legislador para redactar un tipo penal. Hay dos clases de elementos típicos: los elementos descriptivos y los elementos normativos; ambos de naturaleza objetiva.

Los elementos descriptivos son aquellos de cuya lectura entendemos su significado; es decir, no hay que acudir para otras valoraciones para entender su significado en relación al Derecho penal.

Los elementos normativos, en cambio, son valorativos, exigen una segunda valoración. Pueden ser valoraciones sociales, culturales o jurídicas. El Código penal tiene en su mayor parte elementos normativos, no descriptivos. Cuanto más complejo sea el bien jurídico más se dificulta tipificar con los elementos normativos.

Las leyes penales en blanco y las leyes penales incompletas.

Cuando los elementos normativos del tipo son insuficientes para establecer un tipo penal el legislador se ve obligado a recurrir a una norma penal en blanco. Son leyes penales en blanco aquellas que remiten a otras, como por ejemplo, la del artículo 325 del Código penal. Las normas penales en blanco contienen, lógicamente, la sanción, la pena; pero también contienen conductas típicas (véase el 325; provocar emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, etc.) y una remisión a las otras normas, como la legislación

medioambiental, en el caso del 325 CP. La remisión a otra legislación debe proporcionarnos la ilicitud, la peligrosidad, etc de las conductas descritas en el tipo.

En la técnica de la norma penal en blanco se utilizan elementos normativos determinados o indeterminados.

Se critica a las normas penales en blanco por la falta de seguridad jurídica que proporcionan. El desconocimiento de la prohibición del delito se alega bastante pero procede en muy pocas ocasiones. Las remisiones a normativas generan inseguridad jurídica, en función del lugar donde se cometa un acto podría ser delito o no, en función de las normas a las que remite el Código penal.

Lección 11: El tipo de injusto en los delitos dolosos de acción.

La parte objetiva del tipo doloso: planteamiento. [+Teoría de la Acción]

Determinadas acciones humanas son las que el legislador tipifica como delitos en el Código penal, aquellas que supongan un desvalor de acción y de resultado; porque el Derecho Penal que rige en nuestro sistema constitucional es un Derecho Penal de hecho y no de autor; por lo tanto el legislador se encarga de tipificar conductas humanas y se condena al autor de los delitos por la conducta, no por ser quien es. Son delitos aquellas acciones típicas que haya establecido en las normas penales el legislador, que pueda hacer una persona humana o una persona jurídica²⁸, si bien en determinadas circunstancias puede no haber delito (si una conducta típica no es antijurídica; véase *supra* lecciones 9-10).

Es importante distinguir entre los conceptos de acción y omisión, que son los únicos que pueden ser relevantes penalmente. Sólo en la medida que una conducta suponga una acción u omisión que encaje con el tipo penal (véase *supra* Lección 10: tipicidad) podrá haber delito. El concepto de acción en sentido amplio engloba acción y omisión, sin embargo para referirnos a ella es mejor hablar de acción en sentido estricto para distinguirla de la omisión. La acción positiva (acción en sentido estricto) es la forma de comportamiento más relevante para el Derecho Penal.

En la presente lección nos centraremos en el tipo de injusto en los delitos dolosos de acción, por lo tanto pasaremos a analizar la acción, posteriormente se analizarán los delitos de omisión e imprudencia. Cabe distinguir entre la parte objetiva del tipo y la parte subjetiva del mismo; siendo esta última el dolo o la imprudencia y la anterior la acción o la omisión.

La acción humana tiene dos fases, una primera, interna, en la que el sujeto se propone un fin, busca medios para alcanzarlo y considera los efectos concomitantes que pueda causar; y una segunda fase, en la que el individuo propiamente actúa empleando dichos medios para alcanzar su fin. El Derecho Penal considera ciertas acciones ilícitas, sea porque el medio que emplean es ilícito o porque el fin que persiguen lo es (o ambos); por lo

²⁸ Art. 31 bis CP; excepción para determinados delitos empresariales y otros ecológicos contra el medio ambiente.

tanto una acción que sirva como medio para alcanzar un fin puede ser ilegítima aunque el fin sea legítimo, por ejemplo, llegar pronto al trabajo es lícito, pero no a costa de conducir a gran velocidad (más de lo que permita la ley); o querer ganar dinero puede ser lícito, pero no en caso de que se robe o hurte. Asimismo, algunos fines son ilícitos en sí mismos, como el homicidio.

También es importante ver que dependiendo del contexto una misma acción (descrita físicamente) puede ser un delito o no, dependiendo del contexto y las circunstancias. De ahí debemos extraer el concepto significativo de acción; por ejemplo, pronunciar unas mismas palabras podrían ser injuriosas en un contexto o incluso amigables en otro; una exploración médica sería lícita, pero no hacer lo mismo (físicamente hablando) cometiendo un abuso sexual, etc. También debemos destacar, aunque se estudiará más adelante, que cuando hablamos de omisión nos referimos a la falta de una acción esperada, no son omisiones todo aquello que dejamos de hacer cuando pudiéramos (penalmente relevantes) sino aquello que no hacemos y se espera de nosotros.

En caso de ausencia de acción voluntaria no habrá acción penalmente relevante, cosa que puede suceder en 3 casos: la fuerza irresistible (sea impuesta por una tercera persona ajena o por una fuerza natural; no se consideran fuerza irresistible el arrebató, los estados pasionales, etc; para que sea irresistible debe ser *vis absoluta* y no *vis compulsiva*), los movimientos reflejos (sin tener en cuenta reacciones impulsivas, deben ser realmente incontrolables) y los casos de inconsciencia (no son eximentes, por supuesto, si han sido voluntariamente, directa o indirectamente, provocados; cfr. teoría *actio libera in causa*).

Relación de causalidad e imputación objetiva.

Además de la acción, el Derecho Penal también se fija en el resultado. En algunos delitos (los de peligro) siempre habrá un desvalor de resultado, pues la simple puesta en peligro de un bien jurídico constituye una lesión al mismo, pero dejando a parte los delitos de peligro, deberá buscarse la relación de causalidad (acción>resultado) para poder intervenir penalmente; debe descubrirse la relación de causalidad y el sujeto que realiza la acción debe ser humano (si bien pueden también cometer delitos las personas jurídicas; art. 31bis CP). Algunos autores como Fletcher distinguen entre los delitos de consecuencias dañosas y los delitos de acciones dañosas, siendo los primeros los que podrían suceder fortuitamente (produciendo muerte, daño, lesiones) y los segundos los que no (violación o

robo). Los delitos de acciones dañosas siempre exigen un vínculo de causalidad. Cuando se produzca un desvalor de acción sin desvalor de resultado podrá tratarse de una tentativa (o un delito de peligro concreto, aunque el desvalor de resultado es el peligro en sí mismo).

Tratamos de encontrar a los autores y responsables del delito, aquellos que lo han cometido; eso es lo que busca la relación causal de imputación objetiva. Debe determinarse la conducta y la causa que ha originado un delito, sea un caso sencillo o complejo determinar el responsable, debe determinarse el autor del delito (en el caso de los delitos de resultado debe mediar siempre una relación de causalidad entre acción y resultado). El juez debe establecer la relación causa-resultado en la Sentencia. A veces, esta labor no es sencilla, no es fácil determinar el responsable de un delito en cuestión, en determinados casos de homicidio, por ejemplo, si se ignora la causa de la muerte.

Para los casos complejos hay teorías para resolver los casos, como el *caso raval*, que elaboran la Doctrina y la Jurisprudencia. A veces, la causa de una muerte no compete al Derecho Penal. Según el caso se intervendrá penalmente o no; por ejemplo, en el caso de una muerte accidental no se intervendría. Explicaremos tres teorías que pretenden encontrar el vínculo de causalidad.

Distintas teorías de causalidad.

La relación de causalidad trata de encontrar causas y condiciones que han influido en el resultado final.

En primer lugar tenemos la teoría de la equivalencia de las condiciones. Todo lo que ha influido en el resultado final tiene relevancia. La fórmula *conditio sine qua non* busca las condiciones básicas que hayan influido en un resultado. La fórmula *conditio sine qua non* si suprimida mentalmente la conducta se suprime el resultado dicha conducta es causa del resultado.

La teoría no nos da el resultado jurídicamente óptimo, no soluciona el caso, sólo muestra las posibles conductas que podrían haber generado el resultado (v. gr. caso de un atropello de un niño y muerte de la madre al recibir la noticia; jurídicamente al autor del atropello no es responsable de la muerte de la madre. Las críticas a dicha teoría son, por lo tanto, que se debe ver la causalidad jurídica y no causalidad física; pues la teoría antes mencionada sólo indaga en la causalidad física. Además, dicha teoría hace imputar a muchas más personas (innecesariamente o injustamente).

Existe también la teoría de la adecuación, que tiene en cuenta los criterios de previsibilidad objetiva y diligencia debida. La previsibilidad objetiva es que otra persona en el lugar del agente podría prever los hechos. Si se actúa con la diligencia debida no hay delito; sin embargo estos criterios eliminan aquellas consecuencias imprevisibles, cuyas causas no podrían ser atribuidas al delito.

Finalmente, antes de pasar a la teoría de la imputación objetiva, encontramos la teoría de la causa jurídicamente relevante, que excluiría todas las causas naturales o lógicas que no tuvieran relevancia penal. Así pues *matar* no sería causar la muerte sino causarla con una acción jurídicamente relevante, que pudiese subsumirse en la tipicidad del tipo.

La teoría de la imputación objetiva.

Para corregir los errores de la teoría de la equivalencia de las condiciones y las otras surge la teoría de la imputación objetiva, por Claus Roxin, en los años 80. Esta teoría pretende solucionar los casos con criterios jurídicos; sólo se buscarán relaciones causales fundamentadas en lo jurídico. Es la más moderna y la que está adoptando la jurisprudencia y la Doctrina.

Esta teoría parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero añade 3 requisitos a presentarse acumulativamente, conjuntamente, que son, en primer lugar, que sea un riesgo penalmente relevante: la conducta del autor debe suponer un riesgo de relevancia penal, no ética; la conducta crea un riesgo o aumenta un riesgo existente con relevancia penal; en segundo lugar, que haya una relación entre el riesgo y el resultado: pueden pasar 3 cosas a) que la conducta buscara el resultado sin ningún tipo de interferencias, b) que la conducta logre el resultado buscado pero habiendo una condición preexistente²⁹, c) que la conducta logre el resultado pero una circunstancia sobreviene (a posteriori) en el caso, en ese caso hay que distinguir responsabilidades, porque la circunstancia rompe el nexo de causalidad, d) que se produzca un resultado diferente (más grave) a la conducta *praeter*-intencionalidad, en dicho caso se da un concurso de delitos, pues un hecho da dos delitos (v. gr. concurso de lesiones y homicidio imprudente) ; y finalmente que la conducta sea contraria al fin de protección de la norma.

²⁹ Si la intención es la misma que el resultado es imputable la condición: la condición preexistente no rompe el nexo de causalidad.

Los criterios son pues la creación de un riesgo no permitido, la realización del peligro o riesgo en un resultado y la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida. (Ejemplos pág 230 Muñoz Conde).

La parte subjetiva del tipo doloso.

El tipo doloso tiene una parte objetiva (partes de naturaleza objetiva como la conducta, formas y medios de la acción) y una parte subjetiva (que es el fin, la selección de medios, etc). La imprudencia no puede castigar tentativas, pero el dolo sí, porque se produce un desvalor de acción; las actuaciones negligentes que no produzcan resultados penalmente relevantes quedarán impunes.

La parte subjetiva del tipo de injusto está compuesta por el dolo o la imprudencia. El autor conoce y desea los elementos objetivos del tipo penal. El dolo tan sólo implica el conocimiento de los hechos que se ejecutan; es más difícil de probar y admite gradaciones (por eso hay varias clases de dolo). El dolo no incluye el conocimiento de la prohibición, no incluye el conocimiento de la antijuridicidad; tan sólo el conocimiento y la voluntad de la acción que se está llevando a cabo. El autor puede no saber que la acción es antijurídica, pero es dolosa la acción. A mayor complejidad del bien jurídico protegido mayor probabilidad hay del desconocimiento de la tipicidad penal del delito por parte del autor. El error de prohibición vencible o invencible se analiza en la culpabilidad, no en la tipicidad, pero el error de tipo invencible sí que compete analizarla.

El dolo que no incorpora la prohibición se llama *dolo neutro* (Quintero) si la incorpora es el dolo *malus*. Ambos tienen el elemento volitivo e intelectual.

El dolo: elementos, concepto y clases.

El ámbito subjetivo del tipo de los delitos dolosos está constituido por el dolo. Definimos dolo como *conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito*.

El dolo cuenta con dos elementos: el elemento intelectual o cognitivo y el elemento volitivo. Para que una conducta sea típica en un tipo de delito doloso es preciso que el dolo contenga ambos elementos. El elemento intelectual supone que el autor sea consciente de la conducta que esté llevando a cabo; matar, robar, violar, etc.; mientras que el elemento volitivo implica que el autor desee realizar dicha conducta. Se requiere que el autor sea consciente de que está llevando a cabo una conducta típica (independientemente de que

conozca si está prohibida o no, (sería un error de tipo) debe saber qué está haciendo, el conocimiento de la prohibición compete a la culpabilidad y no a la tipicidad).

Hay varias clases de dolo (algunos autores las clasifican en sólo 2: el directo y el eventual); distinguimos, en primer lugar, el dolo directo se produce cuando el autor con conocimiento y voluntad se dirige a la consecución del resultado buscado por la acción. El dolo indirecto o dolo directo de segundo grado se produce cuando el autor se dirige a un resultado delictivo pero se presenta como inevitable unido a ese resultado principal otro delito. Así pues el dolo directo es la voluntad directa de realizar la acción, sea el fin principal (de primer grado) o inevitable para la consecución del fin principal (dolo directo de segundo grado o indirecto).

El dolo eventual, que tiene frontera con la culpa consciente, una forma de imprudencia, se produce cuando el autor acepta, asume, consiente, le resulta indiferente, o ve como altamente probable que de su conducta peligrosa se produzca un resultado delictivo, es decir, una lesión del bien jurídico, aunque no sea su fin o lo desee lo acepta. Todos estos elementos hacen referencia a la teoría del consentimiento que pretende distinguir entre el dolo eventual y la culpa consciente. Hay dos teorías que se formulan para distinguir el dolo eventual de la imprudencia: la teoría de la probabilidad, según la cual se admite dolo eventual cuando el autor conociere la alta probabilidad del resultado; siendo culpa consciente si la probabilidad fuera pequeña; o la teoría de la voluntad o del consentimiento, que el autor *actuaría igual aun cuando fuere segura la consecución del resultado*. (Fórmula de Frank). Sin embargo, la teoría de la voluntad es más precisa, pues considera el elemento volitivo del dolo para distinguir si se trata de dolo o imprudencia. Otro criterio es la *recklessness* anglosajona, la indiferencia hacia el bien jurídico.

No hay diferencia de pena entre ellos, cualquier clase de dolo comparte el mismo marco penal con los otros, implica la misma pena.

El error de tipo, sin embargo, se pena como delito imprudente si es vencible y excluye la responsabilidad criminal si es invencible (art. 14 CP).

Los errores de tipo pueden ser errores sobre el objeto de la acción, relación de causalidad golpe o pueden ser *dolus generalis* (ver pags. 176-177 Muñoz Conde y temas siguientes).

Praeterintencionalidad: combinación de un delito doloso con un delito imprudente (más allá de la intención). Recoge los casos en los que el autor persigue un resultado pero se

produce un resultado más grave que el deseado. Se impone la pena del delito más grave en su mitad superior.

Los elementos subjetivos del injusto.

Véase lección 3.

Además del dolo como elemento subjetivo del tipo, también puede ser que determinados delitos requieran otro elemento subjetivo para ser considerados como tales. Estos elementos no coinciden con el dolo, como la intención de obtener una confesión en una tortura (art. 174.1 CP) o los arts. 234 y 244 CP. Son fines del delito que se requieren para que la conducta sea típica, además del dolo.

Lección 12: El tipo de injusto en los delitos imprudentes de acción.

Concepto y naturaleza.

Un comportamiento imprudente es una conducta negligente que conlleva a un resultado penalmente relevante, previsto en el Código penal. Es la creación de un peligro que desemboca en un resultado. Los delitos de imprudencia sólo son punibles si crean un resultado, salvo si se trata de un delito de peligro tipificado. No habrá delito imprudente si no se produce el resultado; sólo es delito imprudente la imprudencia seguida de un resultado, contemplada en el Código penal. El resultado, por regla general, es de lesión al bien jurídico (v. gr. homicidio imprudente o lesiones). Excepcionalmente, sin embargo, el Derecho Penal prevé la imprudencia sobre delitos de peligro concreto, sobre resultados de peligro concreto.

Los delitos imprudentes TAN SÓLO se castigan cuando EXPRESAMENTE lo prevé el Código penal (art. 12 CP *numerus clausus* en la tipificación de delito imprudente), el Código penal DEBE contemplar la posibilidad de que el delito sea imprudente (respeto al principio de legalidad para otorgar seguridad jurídica).

Un ejemplo de delito imprudente es el artículo 142 del Código penal: el homicidio imprudente. Un delito de peligro concreto (art. 316, cfr. 317) puede contemplar también la imprudencia. La tipificación de la imprudencia puede servir para evitar casos en los que no se pueda probar el dolo eventual.

Los requisitos del delito imprudente son la infracción de la norma de cuidado (+ exigencia de previsibilidad) y la imputación objetiva (relación riesgo-resultado).

Anteriormente sólo debía haber relación causal entre el riesgo creado por la imprudencia y el resultado, así como culpabilidad, pero ENGISCH destaca en 1930 un tercer elemento, que es el deber objetivo de cuidado; debe haberse transgredido dicha norma para considerar imprudente una conducta.

Los delitos imprudentes son menos graves que los dolosos, y por ello tienen una pena menor.

La acción típica, la lesión del deber de cuidado.

El deber objetivo de cuidado es aquello que debe transgredirse para estar ante una posible imprudencia. Es una conducta exigida para considerarse que se ha actuado

diligentemente. Los delitos de imprudencia siempre están conectados a un resultado de lesión o peligro concreto, si no hay resultado no pueden haber penas.

El deber de cuidado exige actuar de una determinada conducta, que en caso de transgresión crea imprudencia. El concepto de cuidado objetivo tiene un concepto objetivo (el comportamiento normal requerido en la sociedad) y un juicio valorativo (si de un juicio razonable se puede prever el resultado de la conducta, si hay previsibilidad objetiva y si la conducta es peor que la que se exige socialmente).

La Doctrina suele hablar de cómo actuaría el *hombre medio inteligente (o diligente)* para juzgar si la conducta cumple con el deber de cuidado o no, en otros casos, las reglas de cuidado vienen establecidas por la normativa administrativa (Código de circulación) o por las normas de ciertas profesiones, que normalmente no están escritas (lo que llamamos *lex artis*).

También hablamos del deber de cuidado en sentido subjetivo, en función de si los conocimientos o la capacidad exigida al autor del delito imprudente es adecuada de acuerdo con sus circunstancias; no se le puede exigir a una persona de disminuida inteligencia o que no sepa medicina la misma diligencia que a un inteligente o médico.

En definitiva, si la conducta ha cumplido con el deber de cuidado objetivo, no hay lesión de la norma de cuidado, si por el contrario sí que la ha habido y se ha causado un resultado, será imputable un delito imprudente.

Sistema legal de incriminación.

Un segundo requisito, la imputación objetiva, requiere la comprobación de la conexión directa entre el riesgo y resultado, añadiendo una comprobación pertinente que pruebe que el resultado que se ha producido conecta directamente con el deber de cuidado transgredido.

No hay conexión riesgo-resultado (1) cuando ha sido la víctima quien ha creado el riesgo ni tampoco (2) cuando el inculpaado por imprudencia ha disminuido el riesgo creado por la propia víctima, al margen de si hay o no infracción del deber de cuidado; tampoco (3) cuando ambos han creado riesgo y se prueba que aunque el inculpaado hubiera respetado el deber de cuidado el resultado hubiera sido el mismo ni (4) cuando ambos aportan riesgo pero el resultado producido no es el resultado que dicho deber de cuidado quería evitar.

Hay relación riesgo-resultado, y por lo tanto puede haber delito y pena, cuando (1) el autor ha infringido el deber de cuidado y se ha producido un resultado penalmente relevante o bien (2) cuando autor y víctima han infringido el cuidado debido y se prueba que si se hubiese respetado la norma de cuidado el resultado hubiera sido más leve (o inexistente), que son los denominados casos de agravar el riesgo.

Todas las hipótesis deben contrastarse con la conexión del resultado que la norma quería evitar, con la norma de relación riesgo-resultado.

Clases de imprudencia.

Hay dos grandes clasificaciones de imprudencias, según el contenido psicológico y según el contenido normativo. Si las clasificamos según el contenido psicológico distinguimos la culpa consciente (representación mental del peligro) y la culpa inconsciente (no hay representación mental del peligro). Del mismo modo que en las clases de dolo, no hay diferencia en las penas en función del tipo de imprudencia de que se trate.

Si distinguimos en función del contenido normativo distinguimos entre imprudencia grave e imprudencia leve. La imprudencia grave es el incumplimiento del deber de cuidado cuando este cuidado es de gran relevancia y gravedad; las leves son normas menos importantes que una persona diligente podría haber infringido. La imprudencia grave da lugar a delito y la imprudencia leve a un falta.

Culpa y dolo eventual.

Entre el dolo eventual y la culpa consciente encontramos una frontera, dudamos sobre si una conducta es culposa conscientemente o dolosa. Hay dos teorías formuladas para determinar si se trata de culpa consciente o dolo eventual (véase *supra* Tema XI); la de las probabilidades, si el autor concebía una probabilidad significativa de causar el resultado se trataría de dolo eventual, según ella, o una teoría según la cual si suponiendo que el autor supiera con absoluta certeza que se produciría el resultado, actuaría dolosamente si aún así lo hubiera hecho y culposamente en caso contrario.

Praeterintencionalidad; delitos cualificados por el resultado y responsabilidad objetiva.

(véase *supra* Tema XI)

Lección 13: El tipo de injusto en los delitos de omisión.

El tipo de injusto en los delitos de omisión. Concepto.

Además de la acción *stricto sensu* la omisión también puede ser penalmente relevante, cuando causare una ofensa (lesión o puesta en peligro) de un bien jurídico, por ello el legislador contempla la posibilidad de que la omisión, es decir, la no acción, sea una conducta delictiva en determinados casos (arts. 1, 10, **11**, **195**, **305**, y otros del Código penal). En esos casos no hablamos de normas prohibitivas sino de normas imperativas que obligan a llevar a cabo determinadas conductas.

La omisión no existe sin la acción, por lo tanto una omisión es no llevar a cabo una *acción esperada* que —obviamente— el sujeto sea capaz de hacer. No hablamos de omisión en un sentido genérico sino solamente de omisión de la acción esperada, es la infracción de un deber jurídico³⁰.

Clases de omisión penalmente relevantes.

Hay, de entrada, 3 clases de omisión penalmente relevantes, que se reflejan en: delitos de *omisión pura o propia*, delitos de *omisión y resultado*; y delitos de *omisión impropia* (también llamados *de comisión por omisión*).³¹

- A) Los delitos de omisión pura o propia son los que se castiga la infracción de un deber de actuar, que equivalen a los delitos de actividad (como la omisión del deber de socorro, art. 195 CP; omisión del deber de impedir delitos, art. 450CP, la omisión de promover la persecución y castigo de los delincuentes, art 408 CP, no prestar cooperación a la Administración de Justicia, art. 412.1, etc.
- B) Los delitos de omisión y resultado, en los que la omisión se conecte con un resultado (arts. 305 y 432 del CP)
- C) Delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, en los que no está taxativamente tipificado el delito como omisivo y es difícil interpretar el tipo para ver

³⁰ El deber jurídico en cuestión puede ser genérico (v. gr. art. 195 CP) o específico (para médicos, funcionarios, etc.)

³¹ Art. 195 del Código penal delito de mera inactividad (omisión pura o propia) consumado con la inactividad de su autor, mientras que el art. 305 del Código es un delito de resultado donde se determinan los medios, es un delito de comisión por omisión taxativamente formulado. En el caso del 195 (y 138 si se comete por omisión) no están determinados los medios pero sí en el 305, aunque la omisión del deber de socorro es un delito de omisión pura. Los supuestos de omisión propia sí que deben estar taxativamente formulados, pero los delitos de resultado no suelen determinar los medios para llegar el resultado. En el caso de los delitos de comisión por omisión, véase más adelante en esta lección.

si es equiparable la omisión a la acción. El juicio de equivalencia lo encontramos en el art. 11. El legislador, a diferencia de lo que ocurre con la imprudencia, en estos casos no dice expresamente qué delitos pueden ser omisivos y cuales no. “*Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo [...] equivalga [...] a su causación.*” Hay 2 requisitos para que haya equivalencia en la omisión respecto la acción a) que se infrinja un deber jurídico y b) que sea el sentido del texto de la ley. (hacen falta ambos, art. 11 CP)

También existen los DEBERES DE GARANTE (a y b del art. 11) que analizaremos más adelante.

Los delitos de omisión propia.

Constituyen delitos de omisión propia aquellos en los que la omisión consista en la infracción de un deber de actuar taxativamente tipificado en el ordenamiento jurídico, como es el caso del art. 195 del CP. Estos delitos pueden ser dolosos (si se conoce la situación típica y no se actúa de acuerdo con las posibilidades) o imprudentes (negligencia de la apreciación de la situación típica o desconocimiento de las posibilidades de intervención).

El tipo de omisión impropia (comisión por omisión): la posición de garante.

Hay casos en los que no hay duda de que la omisión equivale a la acción (ejemplos pág 241 MUÑOZ CONDE). No es fácil, siguiendo el art. 11 CP determinar si en un caso es equiparable la omisión a la acción ³². La única fórmula que encontramos en el Derecho positivo es el artículo 11 del Código penal, que no ha estado exento de críticas por parte de la Doctrina, sin embargo debe tenerse en cuenta que no debe recurrirse nunca a criterios extralegales para determinar si hay omisión, pues no debe infringirse el principio de legalidad. Resumimos en dos los requisitos que deben darse para considerar una acción equiparable a una omisión: *a) la relación causal entre la omisión y el resultado producido y b) el deber de evitar el resultado que incumbe al sujeto de la omisión (posición de garante).*

³² Ejemplos en la página 242 del Manual de MUÑOZ CONDE.

- A) Para determinar la relación causal entre la omisión y el resultado en los delitos de resultado cuando los medios no estén taxativamente previstos, deberán utilizarse los criterios de las teorías de imputación de equivalencia de condiciones, adecuación e imputación objetiva, es decir, analizar si en caso de haberse producido la acción esperada se hubiera evitado el resultado, debe haber *evitabilidad del resultado*. Para ello, evidentemente el sujeto debe ser capaz de actuar para evitarlo.
- B) Además debe haber un deber de evitar el resultado, una posición de garante. Siguiendo el art. 11 CP debe haber *un especial deber jurídico de autor*. No puede ser cualquier sujeto el que deba evitar el resultado, debe ser alguien que se encuentre en *posición de garante*. A veces es fácil determinar si existe esa posición de garante (médico respecto del paciente, padres respecto a los hijos menores de edad, etc) pero no siempre es fácil. Los criterios que presenta el art. 11 son criterios formales insuficientes, que según la Doctrina no agotan otras posibilidades. Son garantes LAS PERSONAS QUE TIENEN UNA ESPECIAL VINCULACIÓN CON EL BIEN JURÍDICO protegido, y son garantes de su integridad, a pesar de que no exista contrato o precepto legal. Considera MUÑOZ CONDE que pueden reducirse a dos grandes grupos la posición de garante.
- A) En primer lugar está la vinculación natural que se da con el bien jurídico en función de la idea de protección del bien jurídico que tiene la norma. (ver manual pag. 246), o bien el desempeño voluntario aceptado de determinadas funciones de peligro (aplinistas, etc.) o la aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras (servicios de urgencia, canguros de niños etc.)
- B) Aquellos que, por haber producido el peligro de resultado mediante acción deben evitarlo por obligación. (más pags 247-8 del manual).

Lección 14: Ausencia de tipicidad y causas de atipicidad.

Ahora empezaremos a estudiar la ausencia de tipicidad (lección XIV) la ausencia de antijuridicidad (Lecciones XV-XVI) y la ausencia de culpabilidad (lecciones XVII-XXI). Hasta ahora hemos estudiado los elementos del delito en positivo; y ahora los estudiaremos en negativo; en lugar de la tipicidad, la ausencia de tipicidad; en lugar de la antijuridicidad, la ausencia de la misma, etc.

Ausencia de tipicidad: Causas de atipicidad. Ausencia de tipicidad y estructura típica.

De los elementos del delito el primero es la tipicidad, por lo tanto, y a partir del artículo 10 del Código penal, la falta de tipicidad implicará que la conducta no constituya un delito. Definimos una acción típica como aquella que puede ser subsumida en un tipo de delito o en una regla de extensión del tipo.

En definitiva, el artículo 10 del Código penal nos informa sobre cuándo hay tipicidad. Ejemplos de atipicidad, para empezar, podrían ser el caso fortuito o el error de tipo invencible. QUINTERO agrupa en 5 grupos de casos la ausencia de tipicidad (Ver manual QUINTERO). Definimos, pues, como acciones atípicas aquellas que, por cualquiera de las causas que veremos a continuación (error de tipo invencible, adecuación social, fuerza irresistible, caso fortuito y la falta de consciencia), no son subsumibles en el tipo penal.

La Doctrina de la adecuación social.

La adecuación social puede indicar la ausencia de tipicidad o de antijuridicidad material; y, según Quintero se da en los casos de ausencia de *acción injusta*. Se trata, según Welzel, de *conductas que siendo aparentemente lesivas o peligrosas para un bien jurídico son socialmente admitidas o se perciben como algo que ha de quedar excluido del Derecho Penal*. Un ejemplo son los insultos que se dan en espectáculos deportivos.

La ausencia de acción por falta de consciencia.

Los casos que tradicionalmente se han incluido en este grupo, según QUINTERO son el sueño, la hipnosis, el sonambulismo, y algunos autores incluyen la embriaguez.

En el caso de la hipnosis, cuando un sujeto estuviere hipnotizado y actuare según le ordenara el hipnotizador, la responsabilidad sería de éste último; en el caso del sueño, tan

sólo serían imputables las omisiones que a consecuencia del sueño fueran imputables al sujeto, en caso de que este tuviera alguna responsabilidad a su cargo. Evidentemente, en caso de que el autor se hubiera puesto voluntariamente en dichas situaciones (haber sido hipnotizado voluntariamente o embriagarse con volición) no serían causas de atipicidad.

La fuerza irresistible.

Parecida al caso fortuito por la falta de dolo o culpa, la fuerza irresistible debe distinguirse de la fuerza coactiva, que da lugar a una ausencia de culpabilidad. En los casos de fuerza irresistible no hay una acción penalmente calificable; pero debemos distinguir entre la fuerza física y directamente aplicada (*vis absoluta*) de la fuerza o presión psicológica generada por el previo ejercicio de la fuerza física, separándose por lo tanto de la acción la fuerza (*vis compulsiva*). En los casos de *vis absoluta* sobre el forzado, habrá una ausencia de tipicidad, mas en los casos de *vis compulsiva* se niega la ausencia de volición pero no la ausencia de acción, que podría ser una circunstancia que excluye la responsabilidad criminal (arts. 20.5 y 20.6 CP). En el caso de *vis compulsiva*, pues, no habrá culpabilidad pero sí tipicidad. El Tribunal Supremo ha reiterado en sus Sentencias que la fuerza irresistible debe ser impuesta por otra persona.

El caso fortuito.

El caso fortuito es un supuesto en el que se da una ausencia de dolo y culpa. La ausencia de dolo y culpa implica una falta de tipicidad en todos los casos (arts. 5 y 10 CP). Los casos de ausencia de dolo o culpa suponen una actuación humana que puede haber producido resultados lesivos para un bien jurídico, sin embargo no son conductas relevantes para el Derecho Penal, pues a falta de dolo o imprudencia no hay delito (art. 10 CP).³³

El error de tipo: su regulación en el Código Penal.

En el caso de la lección que nos ocupa ahora, es preciso, de acuerdo con QUINTERO, distinguir entre error e ignorancia; pues el error hace referencia a un “*conocimiento deformado de la realidad o de su significación social o jurídica*” mientras que la ignorancia hace referencia a “*la ausencia total de conocimiento perceptivo o valorativo sobre algo*”³⁴. Dentro del error también debemos distinguir entre error de tipo, que hace

³³ Para el sistema causalista, sin embargo, que queda descartado en este análisis, la falta de dolo o culpa excluiría la culpabilidad y no la tipicidad.

³⁴ Quintero: pág 450 Parte General del Dº penal.

referencia a *los elementos que forman parte del mismo* del error de prohibición, que *atañe a la valoración de la conducta frente al ordenamiento jurídico en su totalidad, comprendiendo tanto el error sobre la significación antijurídica general del hecho, como el error sobre la personal legitimación del autor para llevarlo a cabo.*

Cabe destacar que dentro de los errores de tipo y prohibición se distinguen el error invencible del error vencible; el primero excluye la responsabilidad criminal, pero el segundo no (art. 14 CP). El error invencible es aquél que cualquier persona dadas las circunstancias hubiera padecido, mientras que el vencible se da cuando *el hombre medio ideal* lo hubiera evitado. Para apreciar si estamos ante un error vencible o no deberá atenderse a las facultades del sujeto y a las circunstancias concurrentes en el hecho.

Según Quintero hay tres clases de error de tipo: el error esencial invencible, el error esencial vencible y el error sobre un elemento accidental. El error esencial versa sobre elementos de significación esencial del delito, siendo los invencibles inevitables y los vencibles evitables; en el primero de los casos el error determinará la impunidad del autor y en el segundo caso podrá castigarse como una conducta imprudente, si es que el Código penal la contempla.

En cuanto al error de prohibición, éste puede ser error sobre la ilicitud de la conducta (creer que la conducta no es delictiva) o error sobre la concurrencia de causa de justificación (creer el autor que está legitimado para llevar a cabo dicha conducta). El error de prohibición también puede ser absoluto (invencible) o relativo (vencible).

El legislador entendió necesario regular taxativamente los errores de tipo y prohibición en el Derecho positivo para otorgar mayor seguridad jurídica al ciudadano, y por ello en el Código penal de 1995 encontramos regulados los errores de tipo y prohibición en el artículo 14.

Dicho artículo sigue la misma regla expresada hasta ahora; que el error invencible excluye toda responsabilidad criminal y el error vencible de tipo hará que se considere el delito imprudente, o en el caso de un error vencible de prohibición, se rebajará la pena en uno o dos grados (art 14.3 CP). Para valorar si un error es vencible o no deberá atenderse a las circunstancias personales del autor y a las del hecho en cuestión.

También contempla el mismo artículo (14.2) las consecuencias del error sobre elementos accidentales, que harían que no se apreciara dicha circunstancia agravante aunque quedan sin respuesta los errores sobre circunstancias atenuantes, si bien dice Vives Antón que podría aplicarse el art. 21.7 del Código penal, utilizando la analogía.

El problema de la eficacia del consentimiento.

[Pág 500ss. Quintero]

Lección 15: Ausencia de antijuridicidad (1).

La ausencia de antijuridicidad: las causas de justificación.

A través de los tipos penales el legislador tipifica conductas prohibiéndolas, como se ha estudiado en las lecciones anteriores a ésta; sin embargo, a pesar de que por regla general toda acción típica es, al actuar contra Derecho, antijurídica, el legislador especifica unos determinados casos en los que se considera lícita una conducta típica, y por lo tanto, si bien es subsumible en el tipo penal, dicha conducta no es punible por no ser antijurídica, a diferencia de lo que sucede en las causas de exclusión de la culpabilidad (véase *infra*).

Las causas que hacen que una acción típica no sea antijurídica se denominan causas de justificación, y estas son la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber jurídico ³⁵, con unos ciertos requisitos y límites que serán objeto de estudio en la Lección 16.

Las causas de justificación presentan los siguientes rasgos y consecuencias, de acuerdo con MUÑOZ CONDE a) no cabe legítima defensa frente a un acto justificado; b) la participación en un acto justificado del autor también está justificada; c) no pueden sancionarse conductas justificadas, ni tan siquiera con medidas de seguridad; d) La existencia de causas de justificación exime la comprobación de culpabilidad del autor; e) la norma penal impone límites al actuar justificadamente, el exceso o extralimitación en la actuación justificada la hará, por lo tanto, antijurídica.

La licitud o ilicitud, la juridicidad o antijuridicidad de un acto es un concepto válido para todas las ramas del ordenamiento; un acto lícito lo será siempre, al igual que uno ilícito, sin embargo, en ocasiones el Derecho Penal puede no intervenir por darse una causa de justificación en un acto típico, que, sin embargo, no exime la responsabilidad civil derivada del mismo.

La Doctrina ha tratado de sistematizar el estudio de las causas de justificación, y la teoría predominante es la que distingue entre la ausencia de interés y la existencia de un interés preponderante, que son los casos en los que se no habría antijuridicidad del acto típico.

Distinguimos dos elementos de las causas de justificación el elemento objetivo (que la conducta se ajuste a lo que exige la ley para justificar la acción) y el elemento subjetivo (que el que actúe justificadamente conozca su legitimación y tenga la voluntad de actuar en

³⁵ Algunos autores añaden el consentimiento, cuando el ejercicio de un derecho queda supeditado a la voluntad del titular, pero no cuando la voluntad es objeto de protección, como en el hurto o allanamiento de morada.

consecuencia). Deben darse ambos para poder considerar legítima la actuación jurídica, a falta del elemento subjetivo la acción será antijurídica del mismo modo.

En caso de faltar uno de estos dos elementos (en caso de falta del elemento objetivo de la causa de justificación es un error de Derecho; en caso de falta del elemento subjetivo es una acción también antijurídica).

También debe considerarse el error en las causas de justificación que puede clasificarse en tres clases:

- a) El error sobre los presupuestos objetivos de causas de justificación; cuando el que actúa creyendo estar justificado, por ejemplo, cree estar ante un peligro que realmente no existía y actúa en legítima defensa, faltando así el elemento objetivo pero no el subjetivo de la causa de justificación; en este caso, si el error es razonable puesto que dadas las circunstancias el sujeto las ponderó razonablemente, sí que existirá causa de justificación, pero si el error no era razonable, será la actuación antijurídica, sin perjuicio de que pueda excluir o atenuar la culpabilidad, pero sin excluir la antijuridicidad.
- b) El error sobre los límites y sobre la propia existencia de una causa de justificación: puede suceder que el autor creía estar legitimado para actuar de cierta forma pero que en realidad no lo estuviera. Ello no excluye la antijuridicidad, por lo que se juzgará si hay culpabilidad o no, al ser antijurídico este error de prohibición. Como se ha visto antes (*supra*, Lección XIV) si es invencible excluirá la responsabilidad o podrá atenuarla si no lo es, aunque también puede ser irrelevante la existencia de un error de prohibición (delincuente por convicción).
- c) La ausencia del presupuesto subjetivo de la causa de justificación: en estos casos se da un desvalor de acción pero no de resultado; por lo que la Doctrina discute si se debe castigar el hecho como un delito consumado o una tentativa.

Consideraciones generales sobre causas de justificación en nuestro Código penal.

La antijuridicidad puede ser graduada en función de la gravedad de la ofensa al bien jurídico en cuestión de que se trate, es por ello que nuestro ordenamiento contempla circunstancias modificadoras de la responsabilidad, sean agravantes o atenuantes (ver arts. 21ss. CP, en relación con el 66). Como se ha dicho, para excluir la antijuridicidad es preciso contar con los elementos objetivo y subjetivo de la causa de justificación, y a falta

de alguno de ellos podrá atenuarse la pena si la justificación es incompleta o en su caso llevar a una completa exención de la pena.

Los artículos del Código Penal que nos informan de todo ello son el 20ss., el 66 y el 68.

Efectos jurídicos en el ámbito de la a tipicidad, la justificación y la exculpación.

Las causas de atipicidad producen el archivo del caso; en el caso del error de tipo o de prohibición vencibles, el proceso seguirá hasta determinarse si hay o no antijuridicidad y culpabilidad.

Las causas de justificación, si se dan el elemento objetivo y subjetivo justifican la conducta y por lo tanto no se trata de un injusto penal.

Para ver las causas de exclusión de la culpabilidad véase *infra* Lección 19-22; y para ver cómo condicionan las circunstancias atenuantes y agravantes la pena véase art. 66 CP.

Lección 16: Ausencia de antijuridicidad (2).

Las causas de justificación.

Ya habiendo estudiado los rasgos generales de las causas de justificación, conviene ahora estudiar en particular cada una de ellas; a saber: la legítima defensa, el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber jurídico o ejercicio de un derecho, oficio o cargo.

La legítima defensa: requisitos. Exceso intensivo y extensivo.

La legítima defensa se encuentra regulada en el artículo 20.4 del Código penal, que dispone que:

“Están exentos de responsabilidad criminal [...]:

4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero: agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada, o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en ésta o aquéllas.

Segundo: necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercero: falta de provocación suficiente por parte del defensor.”

No cabe duda que ante una agresión injusta cabe una actitud de defensa contra ella, que es una causa de justificación que legitima el acto defensivo realizado. Es importante observar que en estos casos se están concediendo derechos de defensa de bienes jurídicos a una persona en ““perjuicio”” del Estado, por ello el ordenamiento pone unos límites a ese derecho a defenderse frente a agresiones injustas. Siempre debe atenderse a las circunstancias particulares de cada hecho y juzgar si se trata de una causa de justificación o de una causa de exculpación. Debe darse cuando **no haya otra alternativa** y no se trata de un modo de tomarse la justicia por la mano propia.

Requisitos de la legítima defensa.

El legislador establece taxativamente varios requisitos en el art. 20.4 para considerar justificado un acto como legítima defensa.

El primero de ellos es que haya una agresión ilegítima, que también se da en la eximente incompleta. La agresión ilegítima puede ser activa u omisiva, pero siempre debe ser una

acción u omisión dolosa, en caso de que sea imprudente podría dar lugar al estado de necesidad (ver *infra*, estado de necesidad). La agresión, además, ha de ser ilegítima, antijurídica, y debe realmente ponerse en peligro un bien jurídico defendible con dicha agresión para poder defenderlo, pero no tiene por qué ser culpable la agresión: cabe defenderse contra un inimputable o menor si incurre en una agresión ilegítima.

Los bienes jurídicos que incluye el legislador en el art. 20.4 CP son los bienes patrimoniales, la morada o sus dependencias, y la vida, integridad física, la libertad y el honor. No pueden defenderse bienes jurídicos que no sean individuales, si bien puede prestarse ayuda a defender bienes jurídicos que sí lo son a terceros, como una mujer siendo violada o una persona siendo agredida, facilitándoles la defensa o interviniendo a su favor en acción defensiva.

La agresión ilegítima ha de ser una acción típica, y ha de ser real; en caso de una defensa putativa frente a una agresión no existente realmente podrá exculparse si se da un error de prohibición invencible, o atenuar la pena si éste era vencible. Obviamente, la agresión ha de ser presente y actual, no cabe legítima defensa contra agresión pasada ni prevista, pues en esos casos se hablará de un *exceso extensivo*, si bien la inminencia del ataque equivale al ataque mismo.

El segundo requisito de la legítima defensa es la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. La legítima defensa debe precisar una necesidad de defensa, debe ser contemporánea la agresión y no debe haber otra forma de evitarla; además, el medio empleado debe usarse racionalmente, debe ser proporcional la defensa contra la agresión, si no será un exceso extensivo que terminaría en una eximente incompleta.

El tercer y último requisito de la legítima defensa es la falta de provocación suficiente por parte del defensor. Sólo si la provocación provoca una agresión que no es una reacción normal de cualquier sujeto podrá invocarse la legítima defensa, y lógicamente no cabe provocar algo para luego invocar la legítima defensa.

El estado de necesidad: concepto y fundamento. Clases y naturaleza. Requisitos legales.

Distinguimos el estado de necesidad como causa de justificación *stricto sensu*, cuando el valor de un bien jurídico sobrepasa el de otro y el estado de necesidad como exculpan- te,

cuando se da un conflicto de protección de bienes de igual valor. La redacción del art. 20.5 del CP no da un tratamiento que los distinga, por eso hablaremos de estado de necesidad como causa de justificación siempre que concurran los presupuestos y requisitos establecidos, que pasamos a estudiar a continuación.

La Doctrina y la jurisprudencia entienden como estado de necesidad un conflicto entre dos bienes jurídicos en los que la salvación de uno de ellos exige el sacrificio de otro. El bien jurídico a salvar debe, por lo tanto, estar en inminente peligro, peligro real y objetivo. El estado de necesidad putativo dará lugar a una exclusión de la culpabilidad en caso de error invencible.

Además, la comisión del acto típico justificado debe ser la única solución posible para la protección del bien jurídico en peligro.

Requisitos del estado de necesidad.

Los requisitos que señala el art. 20.5 CP son los siguientes:

- 1) Que el mal causado no sea mayor que el que se pretenda evitar. Puede darse un conflicto entre bienes desiguales o entre bienes iguales; en el primer caso debe prevalecer la protección del bien jurídico de mayor valor. El estado de necesidad tendrá efecto justificante si el hecho realizado a su amparo es el medio adecuado para la evitación del peligro.
- 2) Que la situación de necesidad no sea provocada intencionalmente por el sujeto. Obviamente carecería de sentido permitir lo contrario. A diferencia de la legítima defensa, aquí la provocación debe ser intencionada para descartar la justificación del estado de necesidad. En el caso del auxiliador que para salvar un bien jurídico cuya puesta en peligro había sido puesta en peligro por un tercero, como la vida de un suicida, se justifica la lesión de otro bien jurídico como estado de necesidad si este es de inferior valor.
- 3) Que no exista obligación de sacrificarse por oficio o cargo, por parte del necesitado. El necesitado no debe estar obligado a soportar dicha situación, de no ser así no hay justificación.

El cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, oficio o cargo. La obediencia debida.

El artículo penal incluye entre las causas de justificación en el artículo 20.7 el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, que, obviamente, debe ser conforme a Derecho. La Doctrina y la jurisprudencia han ido contemplando los requisitos para que sea efectiva y legítima esta causa de justificación, que son:

- 1) Un uso de la violencia racional y proporcionada siempre y cuando no hubiera otra forma no violenta de enfrentarse al problema. MUÑOZ CONDE considera que no es necesaria la agresión ilegítima, pues en dicho caso hablaríamos de legítima defensa. Por ejemplo, un policía que puede usar su arma en los casos que le permite la ley para evitar un riesgo mayor o defenderse.
- 2) El derecho de corrección; hasta las recientes reformas legislativas que modificaron el art. 154 del CC y el 153 CP el Derecho permitía a los padres corregir moderadamente a sus hijos.
- 3) Las vías de hecho, hacer acciones contrarias a los cauces legales pero para colaborar con la Administración de Justicia.
- 4) El ejercicio profesional, en ejemplos como la abogacía, que obliga a los abogados a guardar los secretos de sus clientes, la medicina, si bien requiere el consentimiento de los pacientes o el estado de necesidad para someterlos a tratamiento (véase *supra lex artis*) o los deportes.
- 5) La obediencia debida, para respetar el principio de subordinación y jerarquía administrativo. A veces existe el deber de obedecer órdenes antijurídicas (policía que recibe orden de un juez para detener ilegalmente), con ciertos límites, pero el que actúa obedeciendo actuaría justificadamente. Los requisitos son:
 - 1) Que haya una relación jerárquica, militar o de Derecho público.
 - 2) Competencia de quien dicte la orden para hacerlo.
 - 3) Competencia del subordinado para ejecutar el acto ordenado.
 - 4) Que la orden sea expresa y cumpla las formalidades legales.

En esos casos se debe obedecer la orden (art. 410.1 CP), pues en caso contrario se comete delito de desobediencia, salvo en caso que la orden sea manifiestamente ilegal (art. 410.2 CP).

El consentimiento.

Del consentimiento suele hablarse como una causa de atipicidad (véase *supra*). El consentimiento a veces actúa como atenuante (como en el caso de la eutanasia, art. 143.4

CP) y siempre debe ser manifestado, aunque no expresamente (por ejemplo amigos que se prestan el coche sin pedirse permiso expresamente, etc.). Los requisitos son:

- 1) Que el ordenamiento jurídico reconozca la facultad para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos.
- 2) Capacidad para disponer, que no tiene por qué coincidir con la capacidad civil.
- 3) Ausencia de vicios (error, coacción o engaño), que en caso de existir invalidan el consentimiento.
- 4) Consentimiento antes de la comisión del hecho y conocido por quien actúa a su amparo.

Lección 17: La culpabilidad.

El concepto de culpabilidad.

Una vez estudiados la tipicidad y antijuridicidad como elementos del delito, nos falta observar y estudiar la culpabilidad. Hoy en día tenemos bien asumido que la responsabilidad penal ha de ser siempre personal, sólo puede castigarse por unos hechos a los autores de dichos hechos, y en ningún caso a personas *relacionadas* con el autor que nada tuvieran que ver. Sin embargo, la culpabilidad no sólo exige que el autor sea el implicado en el acto, mas también que el hecho sea *fruto de la voluntad o de la inteligencia de esa persona* (QUINTERO OLIVARES). Para que exista condena el acto a condenar deberá ser típico, antijurídico pero además culpable (*nulla poena sine culpa*).

A pesar de todo, el concepto de la culpabilidad como elemento del delito ha ido evolucionando históricamente de acuerdo con la cultura y la sociedad de cada época. Actualmente la ley penal no define el concepto de culpabilidad, de modo que debemos atender a lo que dice la Doctrina. QUINTERO OLIVARES distingue entre la impersonalidad del injusto penal (antijuridicidad) de la personalidad de la culpabilidad, y define la culpabilidad como “*la posibilidad de atribuir y responsabilizar de un hecho a una persona concreta.*” otros autores hablan de la imputación subjetiva (cfr. con la imputación objetiva). La Doctrina habla de dos aspectos limitadores de la culpabilidad:

- 1) La culpabilidad debe ser por el hecho, no por las circunstancias, ánimo o modo de vivir del autor.
- 2) El concepto penal de culpabilidad se basa en criterios exclusivamente jurídicos y no morales, no debe atenderse a criterios éticos, psicológicos o morales sino a criterios solamente jurídicos.

Planteamiento del problema.

Relación con el injusto.

La evolución de las teorías de la culpabilidad: concepción psicológica, concepción normativa; concepción normativa pura; otras Doctrinas sobre la culpabilidad.

Desde el siglo XIX hasta hoy la Doctrina ha hecho evolucionar el concepto de culpabilidad. Analizaremos a continuación las principales teorías y concepciones de la culpabilidad.

Concepción psicológica de la culpabilidad.

La doctrina de la culpabilidad, elaborada en la segunda mitad del Siglo XIX en Alemania, no contempla la culpabilidad como entidad propia, es *el aspecto interno de la causalidad* y las formas de culpabilidad que reconoce son el dolo y la culpa. Esta doctrina es parte del causalismo, y vincula la culpabilidad directamente al dolo y culpa. Sin embargo, el dolo exigía que hubiera voluntad y conciencia de la ilicitud, y la culpa se distinguía en leve, grave y muy grave. Además, al regir sin matices el principio *ignorantia legis non excusat* sólo eran penalmente relevantes las conductas cuya ilicitud era conocida por todos, siendo el Derecho Penal *extrema ratio*.

La crítica que se hacía a esta teoría es que no podía explicar el contenido normativo de los delitos imprudentes, que son más que culpa ni las causas de exclusión de la culpabilidad. Esta teoría además se basaba en la premisa de que el hombre goza de libre albedrío, y por lo tanto tiene capacidad intelectual para comprender el sentido de sus actos, y el positivismo determinista criticó esta teoría

Concepción normativa de la culpabilidad.

La concepción normativa de la culpabilidad, fundada por FRANK, parte también de la premisa del libre albedrío del hombre. Dicha doctrina se basa en el juicio de reproche y la exigibilidad de obrar conforme a Derecho del autor del delito. Para que la conducta fuera culpable, además de ser dolosa o culposa requería que existiera una exigibilidad de actuar de acuerdo con la norma. (GOLDSCHMIDT y FREUDHENTAL).

Esta teoría es de la corriente de pensamiento neokantiana, que al igual que la causalista vinculaba el dolo y la culpa a la culpabilidad. Además esta corriente iusfilosófica afirmaba que el Derecho refleja principios sociales de una nación, conteniendo un *substrato sociológico* y tiene un fundamento ético.

Concepción normativa pura.

Después de las corrientes mencionadas una nueva corriente afirmó que no pueden coexistir en la culpabilidad elementos psicológicos (dolo y culpa) junto con los normativos (exigibilidad de conducta ajustada a Derecho). Así pues, la corriente finalista encabezada por WELZEL elaboró la concepción normativa pura de la culpabilidad.

En definitiva, el dolo y la culpa se trasladan al injusto penal y a la culpabilidad le queda el contenido normativo *stricto sensu*, es decir, la atribuibilidad del hecho al autor (imputabilidad, cognoscibilidad del injusto, posibilidad de adecuar la conducta a Derecho y falta de causas de exculpación).

Para el finalismo el dolo y la culpa debían situarse en el tipo del injusto, pues eran finales, y la culpabilidad es *un juicio normativo sobre la relación entre el autor y su hecho típico y antijurídico*.

Otras doctrinas: especial referencia a la teoría de la motivación.

Además de las 3 previas, existen otras teorías de la culpabilidad que no han alcanzado una posición relevante en la Doctrina.

Una de ellas es la concepción sintomática de la culpabilidad (Kollmann y Tesar) que ven en la culpabilidad un desprecio al Derecho. Las figuras delictivas no iban dirigidas al sujeto que realizara el acto previsto solamente, sino al que se ajustara a una figura jurídica preestablecida (de *ladrón*, *asesino*). Esta concepción de la culpabilidad es contraria a los principios del Derecho Penal y por ello es objeto de rechazo.

En una línea parecida se sitúa la escuela de KIEL, que elaboró las teorías del nacional-socialismo sobre el Derecho Penal, concibiendo la norma como fruto de la voluntad popular y la culpabilidad como el actuar contra el Estado y por lo tanto la sociedad y el pueblo, pues las personas deben obediencia al Estado (según esta doctrina) y por lo tanto se unen la antijuridicidad y la culpabilidad.

En tercer lugar, otra doctrina parecida es la de la culpabilidad por el carácter o por el modo de vida, que también rechaza las garantías penales y propone un Derecho Penal de autor y no de hecho, pues atiende a la peligrosidad del sujeto y no a sus actos.

Otra tesis es la de JAKOBS que defiende que las normas penales tienen la finalidad de motivar a las personas a evitar conductas delictivas (véase varios temas antes, *supra* prevención general). Es una teoría algo autoritaria, pero ha sido *corregida* por un sector doctrinal de modo que puede operar en un Estado democrático de Derecho.

Hay dos teorías adicionales que aparentemente sustituyen la culpabilidad: la de la motivación y la de la fundamentación material de la culpabilidad. La primera se basa en la *capacidad para ser motivado por la norma* basándose en una concepción imperativista

del Derecho. La segunda trata de analizar sociológicamente al auto, para ver qué hecho frustró la expectativa sobre la cual su conducta no fue la esperada por la sociedad. Sin embargo, no desarrolla un método para hacerlo.

Culpabilidad por el hecho y culpabilidad de autor.

[PPT Esther y temas del bloque I.]

Posiciones críticas respecto a la culpabilidad.

Críticos como MUÑOZ CONDE y CÓRDOBA RODA critican el concepto de culpabilidad por estar fundado en el libre albedrío del hombre. Se fundamentan en la *función motivadora de las normas penales* y por lo tanto consideran que la norma tiene un fin de prevención general. Además critican que los elementos de la culpabilidad (véase *infra* Lección XVIII) presentan *una endeblez teórica y práctica que acaba por diluir el sentido personal o individualista del juicio culpabilista*, y añaden que la exigibilidad de un comportamiento adecuado a Derecho requiere la figura del *hombre medio* que no es demostrable y que el conocimiento de la antijuridicidad requiere también la figura del hombre medio y la *exigibilidad normal*. Finalmente, añaden que la idea de reproche es moralizante y estigmatizadora. Fundamentan pues, la pena, en la motivabilidad de la persona y atiende a un fin de prevención general.

De entre las posiciones críticas distinguimos las siguientes:

- 1) La teoría de la culpabilidad preventiva, que concibe la pena como algo necesario. (MUÑOZ CONDE)
- 2) Las posturas de JAKOBS y ROXIN (ver manual de QUINTERO OLIVARES pág. 417 b)).
- 3) La revisión crítica de la culpabilidad desde su propio contenido interno.

El problema de libre albedrío y la actual crítica a la culpabilidad.

[PPT de Clase de Esther y QUINTERO OLIVARES: Capítulo 8. sección V.)

El sujeto responsable, concepto y fundamento.

Lección 18: Elementos de la culpabilidad.

Elementos de la culpabilidad.

Tras haber analizado las concepciones de la culpabilidad es momento ahora de detenerse en sus elementos. De las concepciones de la culpabilidad mencionadas en la Lección anterior, a efectos de estudio de la presente asignatura tomaremos la concepción estrictamente normativa de la culpabilidad, cuyos elementos son la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de una conducta adecuada a Derecho³⁶.

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad.

El primer elemento de la culpabilidad es la imputabilidad, esto es la capacidad de ser *culpable*. Obviamente no puede reprochársele penalmente nada al autor de un injusto si éste es un niño o un incapaz (ver *infra* Lección XIX) y por lo tanto, para ser *culpable* es imprescindible ser imputable³⁷.

Surge, al hablar de la culpabilidad y de la imputabilidad como elemento de la misma, la clásica y reiterada polémica doctrinal sobre el libre albedrío, y desde la perspectiva iusfilosófica hay numerosas posiciones, unas más deterministas y otras más creyentes en la libertad, en cualquier caso las hay más radicales y más moderadas. En el estudio de esta Lección se considera que es un presupuesto irrenunciable que el hombre es libre y goza de libre albedrío, sin perjuicio de que ciertos factores pudieran hacerle a un sujeto tener una conducta socialmente reprochada, que dándose en otro no sucedería lo mismo. En definitiva, se define la imputabilidad o capacidad de culpabilidad como la capacidad de distinguir entre hacer el bien y el mal, pues el que no distingue el obrar bien del obrar mal no es imputable (véase *infra* lección XIX).

Teorías acerca de la imputabilidad.

Hay varias teorías acerca de la imputabilidad, de las cuales nos centraremos en tres:

- a) En primer lugar la teoría clásica plantea que la responsabilidad criminal se da al ser el ser humano libre, y goza de libertad todo ser humano que no esté privado de razón ni de libertad dada su corta edad u otras circunstancias. Obviamente esta concepción llevaría a una concepción más *retributiva* del Derecho Penal, y a una concepción más

³⁶ Para esta lección se ha utilizado únicamente el manual de QUINTERO OLIVARES.

³⁷ No confundir el término procesal de imputación con el penal.

psicológica de la culpabilidad, pues enfatiza el reproche al autor. Sin embargo, no es una doctrina que cuente con mucha aceptación en nuestros días.

- b) VON LISZT añadió a esta concepción, sin modificarla del todo, una concepción de libertad distinta. Para él la libertad era un *concepto social* pues el obrar de una persona está condicionado totalmente por las normas de la sociedad, y es esta en última instancia la que determina qué está bien y qué está mal.
- c) Finalmente, mencionar las teorías positivistas más radicales, que optan por el determinismo negando incluso la libertad del hombre. En ese sentido, prescinden o tratan de prescindir del concepto de *culpabilidad* o por lo menos tratan de verlo como un juicio que se hace al autor, evitan una concepción *de reproche* al autor del delito. Hay dos variantes:

- a) Una que se basa en la afirmación positivista “*Lo que no es demostrable empíricamente no existe*” y por lo tanto, al no ser demostrable el libre albedrío no existiría. Esta teoría es fácilmente criticable, pues es una contradicción ella misma, porque la propia afirmación no es demostrable, y tampoco lo es el determinismo absoluto, por lo que es preciso rechazarla.
- b) Una teoría también determinista radical que califica la pena incluso de hipocresía de la sociedad e insolidaridad, pues concibe que no existe responsabilidad individual en un delito, sino responsabilidad social, pues es la sociedad la que ha llevado a una persona a *despreciar el Derecho* al no integrarse en ella, etc. y por lo tanto cree que la pena es injusta, pues los hombres no son libres para elegir entre el bien y el mal.

En el estudio del que son objeto estas notas, se concebirá la culpabilidad como un elemento del delito indispensable, además de ser objeto de garantías penales, así como la imputabilidad como un elemento de la culpabilidad. Se parte del presupuesto de que el hombre es libre, sea o no demostrable, sin perjuicio de no adoptar posturas *radicales* en un lado ni del otro. Como se ha dicho, la concepción de la culpabilidad será estrictamente normativa, pues el dolo, a efectos de esta asignatura, se estudia en la tipicidad (véase *supra* Tema X y XI etc).

El concepto de imputabilidad en el Derecho español.

En el Derecho positivo de nuestro país no existe definición alguna de la culpabilidad, ni tampoco de la imputabilidad, si bien existe el principio de culpabilidad (arts. 5 y 10 CP). A pesar de ello, a partir del art. 20.1 del Código Penal, así como de los apartados 2 y 3 del

mismo artículo (añádase también el 6) se debe deducir *a sensu contrario* que la culpabilidad requiere como condición indispensable que el sujeto sea capaz de saber si lo que está haciendo es merecedor de reproche o no, esto es, le sea imputable la conducta típica y antijurídica. La Doctrina (QUINTERO OLIVARES) define la imputabilidad como “*La capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión*” mientras que el Tribunal Supremo en su Jurisprudencia ha ido elaborando también el concepto, según el cual es la capacidad de entender la antijuridicidad de un hecho.

Los elementos de la imputabilidad son el elemento intelectual y el elemento volitivo, pues se requiere, por un lado, que el autor sea capaz de entender qué es lo que está haciendo y la capacidad de entender la ilicitud del hecho, y por otro lado desee hacerlo así.

El conocimiento de la antijuricidad del injusto.

El segundo elemento de la culpabilidad es el conocimiento de la antijuridicidad del injusto penal, motivo por lo cual el error de prohibición invencible supone la no existencia de culpabilidad, si bien el vencible puede rebajarla pero en ningún caso eximirla.

Es necesario saber que una conducta es ilícita para poder hacer un juicio de reproche al autor de la misma.

Dada la complejidad y la cantidad de las posiciones doctrinales que pueden surgir al respecto, nuevamente en función de la concepción de la culpabilidad y de la norma (como regla de determinación o como regla de valoración/juicio de valor; véase *supra* Lección III) así como la teoría de la pena (ver *supra* lección VI) o del delito (*supra* Lección VIII) habrá una concepción u otra de la culpabilidad, pues todos los elementos y conceptos que son objeto de estudio en el Derecho Penal están relacionados así como sus visiones en función de una posición u otra.

En cuanto al conocimiento de la antijuridicidad, puede destacarse que existe una presunción de conocimiento del Derecho, con excepción del error de prohibición que puede producir determinados efectos (ver lecciones anteriores). Es evidente que dada la complejidad del Derecho, más aún en la actualidad, es imposible que un ciudadano conozca todas las normas jurídicas que le son aplicables, por ello es necesaria la presunción del conocimiento general de las normas jurídicas y se requiere la publicidad de estas. La crítica que se hace a esta presunción es que ha llevado a una expansión

indiscriminada del Derecho Penal, que puede entrar en conflicto con el principio de intervención mínima: cada vez se tipifican más figuras delictivas de mayor complejidad y dificultad, que en ocasiones podrían ser no cognoscibles para una persona media.

Y es precisamente por ello, que a partir de la presunción de conocimiento del Derecho, se utiliza el criterio del *hombre medio* para ver si una persona podía conocer o no la antijuridicidad de una conducta injusta adoptada, además de usarse el mismo criterio para juzgar si un error de prohibición era vencible o no. Además, es importante distinguir debidamente el error de prohibición del *desprecio a los bienes jurídicos* pues mientras uno supone el desconocimiento de una norma jurídica, el segundo, al margen del conocimiento o ignorancia de la norma, supone una actitud de indiferencia o desprecio hacia los bienes jurídicos que la norma protege.

Finalmente destacar que, la Doctrina debatió también un asunto de gran trascendencia y causante de gran polémica, que es si el conocimiento de la antijuridicidad está en la culpabilidad (posición aquí adoptada, de una concepción normativa de la culpabilidad) o si esta está en el dolo (teoría del *dolus malus*).

La exigibilidad de otra conducta.

El último elemento de la culpabilidad es la exigibilidad de una conducta conforme a Derecho. Sencillamente, se dice que si era imposible exigir una conducta adecuada a Derecho la pena carecería de sentido, pues el reproche al autor es de haber cometido un acto antijurídico, y por lo tanto, no tendría sentido reprocharle algo si no pudiera haber tenido ninguna otra opción (de hecho esto tiene relación con causas de justificación como el estado de necesidad o la legítima defensa, que a pesar de poder llevar a cabo acciones típicas, al no ser exigible otra conducta, o al verse amparado por una causa de justificación, no se reprocha nada al autor, y de hecho ni siquiera constituye un injusto, por lo que no se juzgará la culpabilidad del mismo).

Una crítica que se hace es la *moralización del Derecho Penal* que supone este elemento, al juzgar si verdaderamente era posible hacer otra cosa. En cualquier caso no veo necesario añadir nada más.

Reflexión sobre el reproche personal y conclusión sobre la culpabilidad.

[Parte añadida por el manual de QUINTERO]

Se plantean una serie de preguntas en definitiva, que son si se le hace un juicio de reproche al autor sobre una conducta, y si la figura de la culpabilidad es estigmatizadora y en lugar de ayudar a juzgar justamente a una persona contribuye a aislarla más de la sociedad (nótese que generalmente tienen muchas dificultades los presos a resocializarse tras el cumplimiento de la pena). El profesor QUINTERO defiende una posición moderada, afirmando que, si bien no se debe ser *moralista* por un lado, tampoco debe llegarse al extremo de hacer *apología del delincuente* y no reprocharle una conducta que ha puesto en peligro bienes jurídicos de gran valor para la sociedad.

En cualquier caso, la figura de la culpabilidad en la teoría del delito, y el juicio de la misma ha dado lugar a ciertas garantías irrenunciables, y esto se recuerda porque se plantean algunos si realmente es necesaria. En cualquier caso, si bien es útil a efectos de garantizar unos derechos a todos en un Estado democrático de Derecho, deben escucharse las críticas y las propuestas para hacer nuestro Derecho Penal más justo.

Lección 19: Causas de exclusión de la culpabilidad

(1).

Causas de inimputabilidad.

Si bien el Derecho positivo no especifica un requisito de *imputabilidad* para que haya una pena, las causas de exclusión de la responsabilidad criminal del art. 20CP nos hacen deducir que sí que es necesaria, aunque la ley no exija que para imponer una pena deba probarse la imputabilidad del reo.

El Código Penal considera inimputables a los menores de edad (art. 19CP, y para los menores de 14 presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad absoluta), los que no puedan comprender la ilicitud del hecho, los que estén en la misma situación porque se hallen bajo los efectos de sustancias estupefacientes y los toxicómanos, así como los que tengan gravemente alterada la conciencia de la realidad (art 20.1-3 CP). QUINTERO recuerda que entonces la imputabilidad es *la posibilidad de conocer el sentido de los mandatos y prohibiciones del derecho y de actuar con arreglo a esa comprensión*.

Existe culpabilidad cuando en un caso no concurren causas de exculpación en favor del reo.

La minoría de edad penal: Fundamento y límites.

Los menores de edad tienen un tratamiento penal especial. En primer lugar, para los menores de 14 años existe una presunción *iuris et de iure* absoluta de inimputabilidad, al margen de su intelecto son siempre y en todo caso inimputables. Los menores comprendidos entre las edades de 14 y 18 años se consideran semiimputables.

Algunos ordenamientos como el alemán tienen tres edades penales (menores, jóvenes y adultos) e incluso a mayores de edad se les aplica un Derecho Penal distinto al resto de adultos, y es algo que parece ser eficaz y es moderno, pero no se aplica en España. En el ACP la minoría de edad podía apreciarse como una atenuante, pero el actual Código es inaplicable a menores de edad (art. 19) y si bien los supuestos de hecho típicos son los mismos, difieren las penas, que se denominan medidas en el caso de los menores. Se discutió si a los jóvenes de entre 18 y 21 años se les debiera aplicar una ley especial, pero se optó por no hacerlo, de modo que a todo mayor de edad se le aplica el Código Penal.

Tradicionalmente existían tres criterios para determinar si los menores eran responsables penalmente o no: el biológico (centrándose exclusivamente en su edad, a

partir de una edad hay responsabilidad penal), el intelectual (apreciando su capacidad intelectual, que llegó a condenar en su momento a muerte a menores de 8-9 años!) y el mixto (ambos). El criterio español es biológico, es irrelevante la inteligencia del menor, tan solo se tiene en cuenta su edad. Los criterios establecidos son político-criminales, las penas deben ser útiles a los efectos de la prevención general (recuerda GIMÉNEZ-SALINAS en su clase).

En el Derecho comparado algunos países establecen una edad penal de tránsito entre los 18 y 21, como Alemania, y otros optan por un criterio intelectual, como Inglaterra.

El Código Penal remite a la Ley de responsabilidad penal del Menor, que se promulgó años después de esta (nótese que hubo problemas de aplicación antes de que existiera la ley del menor) y se debatió doctrinalmente si los que hubieran sido condenados menores con una medida tuvieran que persistir en un centro de menores hasta alcanzada la mayoría de edad o si por el contrario debieran pasar al régimen penitenciario de adultos o permanecer en el de menores. La Ley permite que en las medidas de régimen cerrado, al cumplir los 18 años, oído el Fiscal y el abogado defensor del menor, el Juez decida si pasará o no al régimen penitenciario de adultos.

[clase Dra. GIMÉNEZ-SALINAS]

En cualquier caso, las garantías del Derecho Penal de menores son las mismas que las de adultos, en concreto

- a) Principio de intervención mínima
- b) La medida es de educación y no castigo
- c) Se trata, en la medida de lo posible, de hacer una justicia reparadora
- d) La privación de libertad actúa como último recurso
- e) Los demás principios y garantías legales se mantienen:
 - a) Con un principio de especialización (jueces y fiscales de menores)
 - b) Principio de interés superior del menor
 - c) Intervención mínima
 - d) Principio acusatorio (acusa el Ministerio Fiscal)
 - e) Principio de oportunidad (existe la posibilidad de suspender el proceso antes del juicio, aplicando una sanción previa al juicio!)
 - f) Principio de legalidad

- g) Principio de establecimiento por tramos de edades (14 y 15 por un lado y 16 y 17 por el otro, la ley del menor los distingue y da reglas para cada uno de estos 2 tramos)

Personas que padecen anomalías o alteraciones psíquicas.

Tradicionalmente se ha dado un enfrentamiento entre la ciencia psiquiátrica y el Derecho Penal, pues el problema que se plantea es hasta qué punto a una persona que padece anomalías o alteraciones psíquicas puede reprochársele una conducta típica y antijurídica penalmente relevante. Vuelve a plantearse el debate sobre el libre albedrío, aunque la imputabilidad se sostiene en un concepto de libertad relativa como se ha visto antes, y deberán ser razones político-criminales las que decidan hasta qué punto, a efectos de la prevención general, puede considerarse que una persona alcanza el promedio de capacidad.

Históricamente el Derecho Penal distinguía entre *locos* y *cuerdos* aunque es evidente que esa división no es válida hoy en día, no todas las alteraciones psíquicas son suficientes para excluir la culpabilidad. De todas formas tampoco puede el Derecho Penal descansar exclusivamente en la psiquiatría, pues es una ciencia cambiante y marcada por la ideología, los criterios de inimputabilidad deben ser jurídicos. La culpabilidad admite grados, una persona puede ser imputable, inimputable o semi-inimputable, cabrá analizar cada caso de inimputabilidad concreto para determinar la capacidad del sujeto, pues sólo los que estén totalmente privados de capacidad para comprender la licitud o ilicitud de sus actos serán plenamente inimputables.

El Código Penal del 95 establece ahora que están exentos de responsabilidad criminal “*el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*” (art. 20.1 CP). Independientemente de si se trata de una enfermedad mental o de una alteración de la personalidad, se valorará el efecto, es decir, comprender o no la ilicitud del hecho, pues las penas deben responder a una necesidad y carece de sentido imponer una pena al que no puede comprender la ilicitud de sus actos.

El trastorno mental transitorio.

En cuanto al trastorno mental transitorio, se sabe hoy en día que no existen enfermedades psíquicas temporales o pasajeras, sino permanentes que se manifiestan eventualmente, y al respecto, la jurisprudencia y la doctrina han fijado los criterios de

apreciación de dicho trastorno y no se basan en criterios médicos. Además, establece el CP que el trastorno mental transitorio debe manifestarse por un factor exógeno al autor, no se tendrá en cuenta si ha sido provocado por él mismo.

Alcoholismo, toxicomanía y síndrome de abstinencia.

Desde 1983, el Derecho Penal español considera inimputables a las personas que se hallan bajo los efectos de las drogas, siempre que no hayan sido provocados dichos efectos con el fin de cometer el delito, o que fuera previsible su comisión al tiempo de consumir las sustancias. El art. 20.2 CP dice que está exento de responsabilidad criminal *“el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.”*.

Vuelve a establecerse un criterio de capacidad de comprensión de la ilicitud del hecho. Es preciso recordar que no se da un trato *favorable* a esas personas, porque la exención de responsabilidad criminal en este caso puede dar lugar igualmente a una imposición de una medida de seguridad que priva de la libertad al reo, si bien según QUINTERO hay una cierta *resistencia* a aplicar esta eximente completa, por lo que puede hacerse incompleta a través del art. 21, o convertirse en atenuante (art. 21.7 —> 21.1).

Existen 3 grados de intensidad de drogodependencia:

- a) La intoxicación plena (que da lugar a una exención de responsabilidad penal total)
- b) La intoxicación semiplena (que atenúa la responsabilidad ex art. 21.1 > eximente incompleta)
- c) La adicción grave al alcohol u otras drogas (art. 21.2 CP)

Es preciso recordar que no basta con ser toxicómano o padecer síndrome de abstinencia para que se aplique plenamente el art. 20.2, es imprescindible que dicha adicción impida comprender la licitud de los hechos al autor.

En cuanto al síndrome de abstinencia, éste es más difícil de determinar si es equiparable o no a la intoxicación plena o relativa. El síndrome de abstinencia puede dar lugar a una

exención total de la responsabilidad criminal (eximente completa), parcial (eximente incompleta) o bien podrá ser atenuante. Debe interpretarse sistemática y teleológicamente el art.20.2 para dar cabida y encajar en él el síndrome de abstinencia. (Ver SSTS 8807/1997 de 2 de diciembre y 8769/1997 de 17 de diciembre).

La “*Actio libera in causa*”.

Los estados de inimputabilidad estudiados anteriormente a veces son provocados por el sujeto con el fin de ampararse en ellos para que le sea excluida la culpabilidad, teniendo la plena intención de cometer los hechos delictivos, para lo cuál provoca uno de esos estados conscientemente. En estos casos se da lo que conocemos como *actio libera in causa* (acción libre en la causa, es decir, que en el fondo se actuaba con plena libertad y facultades). Por ello el artículo 20 excluye las situaciones que describe cuando hubieran sido provocadas por el autor del delito para después ampararse en ellas.

Una aproximación doctrinal a la materia es la teoría de la autoría mediata considerando que *el autor se usa a sí mismo como instrumento de la comisión del delito* (QUINTERO), mientras otros consideran que el inicio de la acción típica se da en el momento en el que el autor decide privarse de su consciencia.

En cualquier caso la *actio libera in causa* puede ser dolosa o imprudente. Es dolosa cuando el autor tiene previsto (mediante dolo directo o eventual) cometer un determinado delito, mientras que la imprudente se da cuando el autor *hubiera previsto o pudiera prever* los resultados de su privación de consciencia, en cuyo caso se trataría de un delito imprudente (según QUINTERO). Puede darse tanto en delitos activos como omisivos.

Las fundamentaciones que se plantean son dos:

- 1) Modelo de la tipicidad: Entender que el hecho delictivo (**conducta típica**) comienza al privarse de la consciencia a sí mismo el autor, con lo que hay un correspondiente juicio de culpabilidad desde ese instante.
- 2) Modelo de excepción: Entender que el hecho típico comienza cuando estrictamente se lleva a cabo la conducta típica, lo cual plantea el problema de entender que si bien era inimputable en el momento exacto de la comisión u omisión, se le reprocha al autor su conducta cuando era consciente de que la llevaría a cabo. La *actio libera in causa* parece contradecir al principio garantista y se justifica con la indiscutible necesidad político-criminal de no dejar impunes esos hechos.

De hecho, dicen algunos que la *actio libera in causa* se utilizaría como un fraude de ley penal.

Alteración grave de la conciencia de realidad.

Históricamente no existía esta causa de exclusión de la culpabilidad, si bien ahora la reconoce el Código Penal, y la reforma del ACP de 1983 así la reconoció. Esta eximente se utilizaba para los que tenían problemas de sordomudez desde el nacimiento, si bien se les da un alcance mayor a todos aquellos que tengan problemas de alteración de la conciencia de la realidad, *con base a una ausencia de una adecuada instrucción o educación* (MORALES PRATS). Deben ser, en todo caso, factores biológicos desde el nacimiento o infancia los que lo determinen.

Siguiendo el manual de QUINTERO, en primer lugar analizaremos las alteraciones desde postulados perceptivo-sensoriales, con origen biológico. El art. 20.3 se aplica para estos casos, mientras que los que se basan en una deficiencia intelectual quedarían cubiertos por el art. 20.1. No supone el tener ceguera o sordomudez ser inimputable *tout court* sino que tiene que haber una relación directa entre la comisión del delito y esa deficiencia.

Podría pensarse que se incluyen alteraciones psicopatológicas, como el trastorno esquizofrénico, o alucinaciones producidas por drogas, pero **no** es esa la intención del legislador, pues esas quedan cubiertas por los 2 apartados anteriores del art. 20, además el artículo 20.3 requiere que sean conductas *desde el nacimiento o la infancia*.

Tradicionalmente la Doctrina consideraba que las psicopatías no graves se resolvían con la eximente incompleta, o bien la atenuante analógica, mientras que las profundas lo hacían con la eximente completa, pero la reciente Jurisprudencia del TS ha ido resolviendo las psicopatías graves mediante la eximente incompleta, por ello los casos de psicopatía grave se han ido recogiendo a través del 20.3.

En segundo lugar, desde un punto de vista normativo y valorativo, se ve que la única exigencia legal es que la deficiencia debe ser padecida desde el nacimiento o infancia, incluyendo a aquellos sujetos que no se hubieran integrado culturalmente desde el nacimiento e infancia y se vieran en situaciones de incomunicación social, por lo que la norma penal no podría *motivarles*. Serían inimputables por razones político-criminales.

[El manual advierte que a veces es confundible con el error de prohibición, ver Quintero págs 579-580]

En definitiva, se da la eximente del 20.3 cuando puede haber “*una incomunicación normativo-cultural grave padecida desde el nacimiento o desde la infancia*”, es decir una imposibilidad de conocimiento o de adecuación de la conducta a la norma penal, la norma penal no es *motivable* para esas personas (ver *supra* teoría de la motivabilidad de MUÑOZ CONDE).

Inimputables y tratamiento penal asegurativo [NO en la guía docente, QUINTERO págs. 582ss.] ³⁸

Si bien al concurrir causas de exclusión de la responsabilidad criminal del art. 20.1 al 20.3 no se imponen una pena, ello no impide que a los que hayan cometido injustos penales se les impongan medidas de seguridad, a efectos de garantizar (valga la redundancia) la seguridad y en la medida de lo posible *curar* o reeducar a dichas personas. Una de las garantías de nuestro Derecho Penal es que el límite temporal de la medida de es el mismo que el de la pena, que, en su caso, se habría impuesto.

Los fundamentos de la medida de seguridad en un Estado democrático y social de Derecho son 3:

- 1) La seguridad jurídica como derecho de los ciudadanos, para los cuerdos y locos.
- 2) La obligación de que las medidas penales y penas estén orientadas a la resocialización (art. 25 CE)
- 3) Visión del Derecho Penal como instrumento de suplir las misiones de protección de la salud mental además de la física.

Medidas de seguridad [esquema].

- a) Las medidas pueden ser privativas o no privativas de libertad (art. 96.3 CP). No necesariamente es privativa de libertad, eso queda a criterio del Juez o Tribunal.
- b) Pueden consistir en:
 - a) El internamiento en un centro médico especial para los del art. 20.1
 - b) El internamiento en un centro de desintoxicación para los del art. 20.2
 - c) El internamiento en centros educativos especiales para los del art. 20.3

³⁸ Este tema es interesante porque le interesa mucho a la Dra. GIMÉNEZ-SALINAS el tema de las medidas de seguridad.

- c) Nunca puede durar más una medida de seguridad que una pena que se establece para el mismo delito. (arts. 101-103 CP)
- d) Pueden, además de imponerse medidas de seguridad plantearse la incapacitación civil, por parte del Ministerio Fiscal, o el internamiento conforme a la legislación civil (DA 1 CP).

Lección 20: Causas de exclusión de la culpabilidad (2).

La ausencia de conciencia del injusto: tratamiento penal del error de prohibición.

Si bien ya se estudió de un modo más general el error en el Derecho Penal (error de tipo y error de prohibición) en lecciones anteriores, es preciso retomar la atención hacia el error de prohibición, que puede rebajar o excluir la responsabilidad criminal. A diferencia del Derecho Civil y otras ramas del ordenamiento, en el Derecho Penal se relativiza el principio *ignorantia legis non excusat*.

Veámos en la lección sobre los elementos de la culpabilidad (*supra* Lección XVIII) que uno de los elementos de ella era el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta injusta, de modo que la ignorancia de dicha antijuridicidad haría que la culpabilidad no existiera o, por lo menos, fuera menor si se debiera a la ignorancia a una negligencia por parte del autor (error de prohibición vencible).

Aparece regulado, el error en Derecho Penal, en el artículo 14 del Código Penal, y en el caso del error de prohibición, en el apartado 3º del artículo.

Planteamientos teóricos sobre el error de prohibición. Clases y efectos: régimen legal.

QUINTERO OLIVARES distingue dos clases de errores de prohibición en función del objeto del error: el error sobre la ilicitud de la conducta y el error sobre la concurrencia de causa de justificación.

De este último, pueden distinguirse otras dos clases: el error sobre los fundamentos fácticos (creer que se dan las circunstancias que legitiman la actuación típica; por ejemplo, creer que existe una agresión ilegítima y actuar creyendo estar amparado en legítima defensa, cuando no se había producido tal agresión) o el error de prohibición sobre la existencia de una causa de justificación, que se da cuando se cree estar amparado por ella sin existir esta.

En cuanto al régimen legal, el art. 14.3 CP establece claramente que el error invencible dará lugar a una exclusión absoluta de la responsabilidad criminal y el error vencible rebajará la pena en uno o dos grados.

En cuanto al error vencible de prohibición, hay una polémica doctrinal, pues en el sistema causalista se presupone la negligencia del autor, lo que da lugar a la persistencia de la culpa, hay una *culpa iuris* que permitirá el castigo del hecho. El sistema finalista, en cambio, supone una reducción del reproche al no conocer el autor la ilicitud de sus actos.

La solución del CP de 1995 es la del art. 14.3, sin embargo deberá hacerse un *juicio de reconocibilidad de la antijuridicidad del hecho* pero nunca un *reconocimiento* del ordenamiento, pues, como indica MUÑOZ CONDE los ciudadanos no pueden decidir si aceptar o no las normas.

Lección 21: Causas de exclusión de la culpabilidad (3).

La no exigibilidad de otra conducta: Causas.

[Introducción][Revisar pags 558-561]

El estado de necesidad exculpante.

[388ss. Muñoz Conde; ¿601ss quintero?]

El miedo insuperable.

[594ss. Quintero]

Lección 22: La punibilidad.

La punibilidad: Planteamiento y evolución.

[469-470]

La necesidad de pena.

[473-476]

Condiciones objetivas de punibilidad.

[472-473]

Excusas absolutorias.

[470-472]

Lección 23: Autoría y participación (1).

Autoría y participación.

La víctima.

El concepto de autor: distintas teorías y su importancia respecto a la participación.

El concepto de autor en el Derecho Penal español.

Clases de autoría: autor inmediato y autor mediato, coautoría.

La participación.

Formas de participación: inducción, cooperación necesaria y complicidad.

Lección 24: Autoría y participación (2).

Problemas especiales de participación: la participación en los delitos especiales.

La autoría en los delitos cometidos por procedimientos que faciliten la publicidad.

La autoría en los casos de actuación en nombre de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Lección 25: La tipicidad y el desarrollo del delito. El *iter criminis*.

El *iter criminis*.

Los actos preparatorios punibles: conspiración, proposición y provocación para delinquir.

La apología.

Los actos de ejecución del delito: tentativa del delito y consumación del delito.

Tentativa de delito: concepto, fundamento de su punición y clases.

Desestimiento y arrepentimiento.

La consumación del delito: consumación jurídica y consumación material.

Lección 26: Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Teoría general de las circunstancias modificativas.

Regulación en el Código Penal español.

Circunstancias agravantes.

Circunstancias atenuantes.

La eximente incompleta.

La circunstancia mixta de parentesco.

Lección 27: Unidad y pluralidad de delitos.

El concurso de delitos.

Concurso ideal y concurso real.

El delito continuado y el delito masa.

El concurso de leyes.

Parte III - Las Consecuencias Jurídicas del Delito.

Lección 28: La pena.

Evolución de los sistemas penales.

La abolición de la pena de muerte y el debate en el mundo.

Clasificación de las penas en el Código Penal español: clases de penas según su naturaleza y gravedad.

Penas accesorias.

Lección 29: La determinación de la pena.

Concepto y fases de la individualización de la pena.

La pena en abstracto y la elección del grado (determinación cualitativa).

La pena en concreto (determinación cuantitativa).

Reglas generales y especiales para la aplicación de las penas.

Lección 30: Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad.

Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad.

Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad.

La suspensión en la ejecución.

Consideraciones generales: concepto, requisitos y efectos.

El supuesto especial de los drogodependientes.

Lección 31: Ejecución de las penas privativas de libertad.

Ejecución de las penas privativas de libertad.

Ley y Reglamento Penitenciario: principios generales de la ejecución penal.

La libertad condicional.

Lección 32: La responsabilidad civil derivada del delito y la extinción de la responsabilidad criminal.

La responsabilidad civil derivada del delito y la extinción de la responsabilidad criminal.

La responsabilidad civil: concepto y naturaleza.

Personas civilmente responsables.

La reparación del daño.

Causas de extinción de la responsabilidad criminal.